

Arbeidstakerens personvern ved kontroll på arbeidsplassen

En fremstilling av reglene for arbeidsgiverens kontrolladgang og adgang til å behandle opplysninger som kommer frem av kontrollen, vurdert mot arbeidstakerens krav på beskyttelse av egen person.

Kandidatnummer: 669

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 17 335



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema og avgrensninger.....	1
1.1.1	Bakgrunn for emnet.....	1
1.1.2	Presentasjon av problemstillingen.....	2
1.1.3	Avgrensning av oppgaven.....	2
1.2	Rettskilder og metode.....	3
1.2.1	Lov	3
1.2.2	Forarbeider	3
1.2.3	Internasjonale rettskilder	4
1.2.4	Rettspraksis	4
1.3	Begrepsforklaring	5
1.3.1	Arbeidstaker	5
1.3.2	Arbeidsgiver	6
1.3.3	Behandlingsansvarlig	6
1.3.4	Registrert	7
1.3.5	Personopplysning	7
1.3.6	Personvern.....	8
1.4	Oversikt over den videre fremstilling.....	10
2	INTERNASJONALT VERN.....	12
2.1	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)	12
2.2	Europarådets konvensjon.....	15
2.3	EUs personverndirektiv	15
2.4	ILOs Code of Conduct.....	16
3	IVERKSETTELSE AV KONTROLLTILTAK.....	18
3.1	Hva er et kontrolltiltak?	18

3.2	Styringsretten.....	18
3.3	Begrensninger i arbeidsgiverens styringsrett.....	19
3.3.1	Materielle krav	19
3.3.2	Prosessuelle krav	25
3.3.3	Ytterligere begrensninger.....	27
3.3.4	Kontrolladgangen ved konkret mistanke.....	28
4	BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER.....	35
4.1	Vilkår for å behandle personopplysninger	35
4.1.1	Samtykke.....	36
4.1.2	Lovhjemmel	40
4.1.3	Nødvendighetskriteriet.....	40
4.1.4	Kan det oppstilles en prioritetsrekkefølge for vilkårene?	44
4.2	Grunnkrav til behandling av personopplysninger	47
4.2.1	Behandlingsgrunnlag.....	47
4.2.2	Formål	47
4.2.3	Bruk til andre formål enn det opprinnelige	48
4.2.4	Tilstrekkelige og relevante	49
4.2.5	Korrekte og oppdaterte.....	49
4.3	Forholdet mellom personopplysningsloven §§ 8 og 11	50
5	VURDERING AV PERSONVERNET	55
5.1	Gir reglene i arbeidsmiljøloven tilstrekkelig beskyttelse av arbeidstakerens personvern?	55
5.2	Gir reglene i personopplysningsloven tilstrekkelig beskyttelse av arbeidstakerens personvern?	57
5.3	Avslutning	60
6	LITTERATURLISTE.....	63
6.1	Lover.....	63
6.1.1	Norske lover	63

6.1.2	Internasjonalt regelverk og anbefalinger	63
6.2	Forarbeider	63
6.3	Etterarbeider	64
6.4	Forskrifter	64
6.5	Rettspraksis.....	64
6.5.1	Høyesterett	64
6.5.2	Lagmannsrett.....	64
6.5.3	Tingrett.....	64
6.5.4	Personvernemnda	65
6.5.5	Praksis fra den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)	65
6.6	Litteratur	65
6.6.1	Bøker	65
6.6.2	Artikler	66
6.6.3	Rapporter	66
6.7	Nettsider	66
6.8	Annet	66

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og avgrensninger

1.1.1 Bakgrunn for emnet

Kontroll og overvåking i arbeidslivet er et omfattende tema. Den generelle samfunnsutviklingen på området, med ny teknologi og et mindre markert skille mellom jobb og privatliv, fører til at kontrollbehovet for arbeidsgiver øker og derfor vil arbeidstaker ha større behov for beskyttelse av sin egen personlige integritet.

Det er et grunnleggende prinsipp at arbeidstakeren har rett til vern av sitt privatliv også på jobb.¹ Denne retten innskrenkes imidlertid av arbeidsgiverens behov for en forsvarlig drift av virksomheten og hans interesse i å sikre at lovbestemmelser og andre regler, som for eksempel kommer frem av arbeidsavtalen, blir overholdt. Det vil derfor være viktig med en mest mulig klar og tilgjengelig rettstilstand som balanserer arbeidsgiverens og arbeidstakerens behov.

De seneste årene er flere positive tiltak blitt iverksatt i arbeidet med å styrke arbeidstakerens personvern. I 2005 ble reglene om arbeidsgiverens kontrolladgang lovfestet i arbeidsmiljøloven, og i 2009 kom det nye regler i personopplysningsforskriften som særlig tok sikte på å beskytte arbeidstakerens e-post mot innsyn fra arbeidsgiveren.

I følge en rapport fra Fafo fra 2010 har imidlertid nivået og omfanget av kontroll og overvåking i arbeidslivet hatt en betydelig økning de seneste årene.² I undersøkelsen kommer det frem at 64 % av deltakerne svarer at de har en jobb hvor minst en av de oppgitte kontroll- og overvåkingsformene er tatt i bruk.³

¹ NOU 2009:1 s. 150 og Niemetz mot Tyskland (dom 16.12.1992)

² Fafo (2010) s. 13

³ Fafo (2010) s. 40

Videre viser undersøkelsen at kunnskapen om regler for kontroll og overvåking er svært dårlig. Bare syv prosent svarer at de har god kjennskap til reglene, mens hele 38 prosent svarer at de har lite eller ingen kjennskap.⁴ Så til tross for at lovbestemmelser har blitt vedtatt for å ivareta personvernet, ser vi at kunnskapen om reglene er svært dårlige og at kontrollen fortsetter å øke i omfang. Det kan derfor stilles spørsmål om mangelen på kunnskap og økt kontroll, skyldes at reglene er lite tilgjengelige og vanskelige å forstå.

1.1.2 Presentasjon av problemstillingen

I denne oppgaven skal jeg redegjøre for vilkårene som må være oppfylt for at arbeidsgiver skal kunne iverksette kontrolltiltak. Videre vil jeg ta for meg reglene om arbeidsgiverens adgang til å behandle opplysninger om arbeidstakeren, som kommer frem av kontrollen. Reglene vil i stor grad bestå av en avveining opp mot arbeidstakerens krav på beskyttelse av egen person, og siktemålet med oppgaven er å undersøke om reglene gir et tilstrekkelig vern av arbeidstakeren.

1.1.3 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven tar sikte på å fremstille den generelle adgangen arbeidsgiver har til å iverksette kontrolltiltak og til å behandle personopplysninger. Kontrolladgangen fremstilles ved hjelp av reglene om arbeidsgiverens styringsrett og reglene i arbeidsmiljøloven §§ 9-1 og 9-2. Oppgaven avgrenses mot kontrolltiltak som blir iverksatt overfor arbeidssøkere og deres krav på personvern, på grunn av plasshensyn og fordi §§ 9-1 og 9-2 kun behandler arbeidstakerens krav på beskyttelse. Innhenting av helseopplysninger etter arbeidsmiljøloven § 9-3 vil derfor også bli holdt utenfor, da dette gjelder innhenting av opplysninger om arbeidssøkere ved ansettelse. Medisinske undersøkelser som kontrolltiltak i § 9-4 vil ikke bli behandlet, annet enn at det kan bli brukt som eksempel for å belyse problemstillingen. Det samme vil gjelde bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 9-5, da det vil bli for omfattende å behandle reglene som fremstilles i personopplysningsforskriften.

⁴ Fafo (2010) s.101

Oppgaven skal ikke gjennomgå alle krav personopplysningsloven stiller for behandling av personopplysninger, men tar sikte på å fremstille grunnkravene som må være tilfredsstillende før arbeidsgiveren kan behandle opplysninger om arbeidstakeren. Jeg vil derfor behandle reglene i personopplysningsloven § 11, som stiller krav til rettslig grunnlag, formål og opplysningskvalitet, og reglene i § 8 som stiller krav til at personopplysninger må ha et behandlingsgrunnlag. Oppgaven avgrenses imidlertid mot særreglene for behandlingsgrunnlag for sensitive personopplysninger i lovens § 9.

1.2 Rettskilder og metode

Oppgaven bygger på vanlig juridisk metode. Utgangspunktet vil være tolking av lovbestemmelser på området og videre tolking av tilhørende forarbeider. Deretter vil det også bli tatt i bruk internasjonal rett, rettspraksis og juridisk teori for å belyse området ytterligere.

1.2.1 Lov

Arbeidsmiljøloven (heretter aml.) har regler om arbeidsgiverens adgang til å iverksette kontrolltiltak i kapittel 9. Reglene kom inn i loven i 2005, tidligere lover har ikke spesifikt regulert kontrolladgangen. Bestemmelsene er imidlertid ment å kodifisere tidligere ulovfestet rett, slik at rettsstilstanden på området ikke er endret.

Personopplysningsloven (heretter pol.) regulerer adgangen til å behandle personopplysninger, og gir beskyttelse mot at personvernet blir krenket gjennom behandlingen. Loven gjelder behandling av personopplysninger generelt og har ikke egne regler som gjelder spesielt for arbeidslivet. Det vil derfor være nødvendig å se arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven i sammenheng for å få et fullstendig bilde av rettsstilstanden.

1.2.2 Forarbeider

Både arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven har flere forarbeider som kan være egnet ved tolkingen av lovbestemmelsene. Særlig når lovteksten bygger på skjønnsmessige betraktninger vil forarbeidene kunne presisere og utfylle lovens ordlyd.

Forarbeider til arbeidsmiljøloven som er av betydning for denne avhandlingen er Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) og arbeidslivslovutvalgets utredning i NOU 2004:5. Videre er Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) og NOU 1997:19 av betydning ved tolkingen av personopplysningsloven.

1.2.3 Internasjonale rettskilder

Internasjonale regler har direkte eller indirekte betydning for spørsmålet om regulering av arbeidsgiverens adgang til å iverksette kontrolltiltak og behandling av personopplysninger. Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) gjelder etter menneskerettsloven § 2 jf. § 3 som norsk lov, og har i kollisjonstilfelle forrang. Direktiv 95/46/EF om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (Personverndirektivet) er inkorporert i norsk rett gjennom personopplysningsloven. Personverndirektivet bygger på Europarådets konvensjon om personvern i forbindelse med elektronisk databehandling av personopplysninger (Europarådskonvensjonen). Betydningen av disse internasjonale reglene vil bli gjennomgått nedenfor.

1.2.4 Rettspraksis

Om et kontrolltiltak er rettmessig og om det er adgang til å behandle opplysninger, vil ofte ikke kunne fastslås bare ved å se på bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven. Vurderingen etter lovbestemmelsene er skjønnsmessig, og en må derfor ofte gå til ulovfestede prinsipper slik disse er uttrykt gjennom alminnelige rettsgrunnsetninger og rettspraksis. Domstolene har i sin praksis bygget på allmenne prinsipper om vern av den personlige integritet og utviklet et ulovfestet personvern.⁵ Høyesterett antydte at det forelå et ulovfestet vern allerede i Rt-1896-530, "Aarsdommen", hvor Høyesterett fant at særegne slektsnavn nyter et ulovfestet vern. Videre i Rt-1952-1217, "To mistenkelige personer", slo Høyesterett fast at det var klart at norsk rett inneholder et ulovfestet personvern. Et annet kjent eksempel er Rt-1991-616, "Gatekjøkkenkjennelsen", hvor Høyesterett uttalte at hemmelig videoovervåking på arbeidsplassen medførte et inngrep i den personlige integri-

⁵ NOU 2004:5 s. 415

tet som ”ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel.”⁶ Det er ingen tvil om at det eksisterer et ulovfestet personvern, og at det vil være med på å supplere de lovfestede reglene i personopplysningsloven og andre personvernregler.

Arbeidslivslovutvalget påpeker at det vil være en utfordring å få etablert en forståelse og praksis som avklarer hvordan de arbeidsrettslige normer om kontrolltiltak og personopplysningslovens vilkår for behandling av personopplysninger skal fungere i sammenheng med hverandre. De påpeker videre at tilsynsorganenes og domstolenes praksis står sentralt når det skal redegjøres for forholdet mellom reglene.⁷ Både Datatilsynets og Arbeidstilsynets praksis vil altså kunne tillegges vekt på området.

1.3 Begrepsforklaring

1.3.1 Arbeidstaker

Jeg forholder meg til arbeidsmiljølovens definisjon i § 1-8, som sier at arbeidstaker er ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. I hovedsak er arbeidstaker en som stiller sin arbeidskraft til disposisjon, i bytte mot vederlag som gis av arbeidsgiver.

Begrepet avgrenses mot de tilfeller hvor avtalen innebærer et løfte om et bestemt arbeidsresultat.⁸ Dette vil som regel være selvstendige oppdragsforhold, slik at det ikke er snakk om arbeid i annens tjeneste.

En person regnes som arbeidstaker hvis tilknytningen til arbeidsgiver har karakter av å være et ansettelsesforhold.⁹

Det må foretas en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter i avtaleforholdet for å undersøke om man står overfor en arbeidstaker. Blant annet har en arbeidstaker plikt til å stil-

⁶ Dommens side 623

⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

⁸ Jakhelln (2006) s. 32-33

⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

le sin personlige arbeidskraft til rådighet, og skal ikke stille med egne medarbeidere. En arbeidstaker har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet, men arbeidstakeren har ikke plikt til stille med egne driftsmidler. Arbeidstakeren har ingen risiko for arbeidsresultatet, han får lønn uansett. En arbeidstaker arbeider hovedsaklig for én oppdragsgiver, og avtaleforholdet mellom partene skal være stabilt med bestemte oppsigelsesfrister.¹⁰

1.3.2 Arbeidsgiver

Det er arbeidsgiver som kan iverksette kontrolltiltak. Arbeidsgiver er ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste” jf. aml. § 1-8 annet ledd. Arbeidsgiver vil altså være arbeidstakerens overordnede. Departementet uttaler at tidligere forståelse av begrepet skal videreføres, og dermed skal det legges vekt på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og hvem som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner. Arbeidsgiveransvaret kan også plasseres hos flere dersom andre reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet dens oppgaver.¹¹

1.3.3 Behandlingsansvarlig

Definisjonen i pol. § 2 nr. 4 sier at behandlingsansvarlig er ”den som bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes”. Det er altså den som har det overordnede ansvaret for all behandling av personopplysninger. Hvem som er den behandlingsansvarlige er imidlertid ikke alltid like lett å avgjøre. Det kan derfor være hensiktsmessig å fastsette dette i lovbestemmelser i særlovgivningen, eller i forskrifter gitt i medhold av lov. Dette er blant annet gjort i helseregisterloven hvor databehandlingsansvaret er lagt til Nasjonal folkehelseinstitutt, og i valutaregisterforskriften hvor behandlingsansvaret er lagt til Toll- og avgiftsdirektoratet.¹²

¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

¹¹ Or.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 76

¹² Schartum og Bygrave (2011) s. 153

Både personer og virksomheter kan være behandlingsansvarlig. I en virksomhet vil dette ansvaret tilfalle den øverste ledelsen, slik som et styre eller en daglig leder.¹³

Ved behandling av opplysninger som fremkommer av et kontrolltiltak som er innført på en arbeidsplass, vil den behandlingsansvarlige som oftest være arbeidsgiveren.

1.3.4 Registrert

Den registrerte er ”den som en personopplysning kan knyttes til” jf. pol. § 2 nr. 6. Opplysningene om en person må ikke være nedtegnet i et register for at personen skal regnes som registrert, det er nok at opplysningene er innsamlet og oppbevart.¹⁴ Den registrerte er den part som skal vernes og som har krav på beskyttelse av sin personlige integritet. Den registrerte vil altså være den ”svake” part i forhold til den behandlingsansvarlige, slik arbeidstaker er den svake part i forhold til arbeidsgiveren.

1.3.5 Personopplysning

Personopplysning defineres som ”opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson” jf. pol. § 2 nr 1. Med uttrykket ”enkeltperson” menes en person som direkte eller indirekte kan identifiseres, for eksempel ved navn, identifikasjonsnummer eller annet fysisk, psykisk eller kulturelt kjennetegn.¹⁵ Loven gjelder som hovedregel bare for opplysninger om fysiske personer, men opplysninger om juridiske personer kan omfattes hvis de samtidig sier noe om fysiske personer.¹⁶

Dersom for eksempel et bilde eller en lyd kan knyttes til en bestemt person, vil tolkingen vi så gjør av denne informasjonen gi oss en personopplysning.

Det følger av ordlyden i bestemmelsen at det må foreligge en opplysning som ”kan knyttes til” en person. Personen må kunne knyttes til opplysningen med forholdsvis stor grad av sikkerhet og nøyaktighet for at det skal foreligge en personopplysning. Dersom 3-4 personer bruker samme datamaskin vil informasjonen som kan hentes ut av denne neppe kunne

¹³ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 102

¹⁴ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 103

¹⁵ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 101

¹⁶ Schartum og Bygrave (2011) s. 117

sies å være en personopplysning, fordi tilknytningen til en bestemt person er for usikker.¹⁷ Men det vil kunne foreligge en personopplysning selv om opplysningen enda ikke er koplet sammen med en bestemt person, det er nok at det foreligger som en mulighet. Så lenge informasjonen ligger ufortolket har den et potensial til å bli en personopplysning. Dersom identifiseringen vil være uforholdsmessig arbeidskrevende eller kostbar kan det imidlertid være at informasjonen likevel ikke kan anses som en personopplysning.¹⁸

1.3.6 Personvern

Personvern som begrep er ikke direkte definert i loven, og det er vanskelig å gi en eksakt definisjon av begrepet. Dette skyldes blant annet at begrepet brukes som en betegnelse på mange ulike interesser.

Vi kan ta utgangspunkt i personopplysningslovens formålsbestemmelse som sier at loven ”skal bidra til at personopplysninger blir behandlet i samsvar med grunnleggende personvern hensyn, herunder behovet for personlig integritet, privatlivets fred og tilstrekkelig kvalitet på personopplysninger”, jf. § 1. Men dette er bare eksempler på hva som kan gå inn under grunnleggende personvern hensyn, og er ikke en uttømmende liste.¹⁹

For å kunne illustrere de ulike sidene av personvernbegrepet er det imidlertid vanlig å anvende tre ulike perspektiver på personvern: Integritetsperspektivet, beslutningsperspektivet og maktperspektivet.²⁰

Integritetsperspektivet legger sentral vekt på den enkeltes ønske om å ha kontroll over opplysninger om seg selv, særlig opplysninger som anses som personlige.²¹ For å illustrere dette perspektivet deler man gjerne menneskers liv opp i sfærer med forskjellige grader av intimitet eller sensitivitet for den enkelte. En inntrengning i en persons sfære krever sam-

¹⁷ Schartum og Bygrave (2011) s. 124

¹⁸ Schartum og Bygrave (2011) s. 125

¹⁹ Ot.prp. nr. 51 (2008-2009) punkt 3.4

²⁰ Schartum og Bygrave (2011) s. 27-28

²¹ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 19

tykke, eller en begrunnelse for at inntrengningen veier tyngre enn integritetsvernet.²² Om samtykke gis avhenger av hvor sensitiv og personlig denne personen oppfatter at sfæren er.²³

Beslutningsperspektivet illustrerer at personopplysninger ofte brukes som grunnlag for å treffe beslutninger. Det vil derfor være viktig å sikre at opplysningene som blir behandlet er av tilstrekkelig kvalitet til enhver tid, uavhengig av om opplysningene faktisk blir brukt som beslutningsgrunnlag.²⁴

Maktperspektivet betrakter hvilken betydning behandling av personopplysninger har for forholdet mellom en overordnet og en underordnet, for eksempel forholdet mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker.²⁵ Det kan ut i fra dette perspektivet bli viktig for arbeidstakeren å motvirke at arbeidsgiveren styrker sin posisjon ved å ha tilgang til en stor mengde personopplysninger.²⁶

Uavhengig av hvilket perspektiv man benytter seg av er det relevant å bruke en modell som kalles ”interessemodellen” som utgangspunkt. Ved hjelp av denne beskrives personvernet som et knippe ideelle interesser som man tillegger enkeltmennesker. Modellen deles opp i individuelle og kollektive interesser. De individuelle interessene angis ved stikkordene inn-syn, diskresjon, fullstendighet og privatlivets fred. Mens de kollektive interessene består av interessen i en borgervennlig forvaltning, et robust samfunn og et begrenset overvåkningsnivå. Hvordan interessene vektlegges vil avhenge av hvilket personvernperspektiv man velger.²⁷

²² Kjølaas (2010) s. 35

²³ Schartum og Bygrave (2011) s. 28

²⁴ Schartum og Bygrave (2011) s. 32-33

²⁵ Schartum og Bygrave (2011) s. 34

²⁶ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 19

²⁷ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 19-20

Videre er det viktig å være klar over at flere uttrykker et behov for å skille mellom begrepene ”personvern” og ”personopplysningsvern”. Både Schartum og Bygrave (2011) og Personvernkommisjonen skiller mellom disse to begrepene.

Jeg vil anvende begge begrepene i denne avhandlingen og legger da Personvernkommisjonens definisjon til grunn, slik den er uttrykt i NOU 2009:1:

”Personvern dreier seg om ivaretagelse av personlig integritet; ivaretagelse av enkeltindividers mulighet for privatliv, selvbestemmelse (autonomi) og selvutfoldelse.”²⁸

”Personopplysningsvern dreier seg om regler og standarder for behandling av personopplysninger som har ivaretagelse av personvern som hovedmål. Reglenes formål er å sikre enkeltindivider oversikt og kontroll over behandling av opplysninger om dem selv. Med visse unntak skal enkeltpersoner ha mulighet til å bestemme hva andre skal få vite om hans/hennes personlige forhold.”²⁹

Begrepet ”personopplysningsvern” er imidlertid en underkategori av personvern.³⁰ I avhandlingen vil begrepet personvern noen ganger bli brukt med tanke på å fremstille begge begrepene.

1.4 Oversikt over den videre fremstilling

Avhandlingen vil starte med en behandling av det internasjonale regelverk om kontroll på arbeidsplassen i punkt 2. Deretter vil reglene for arbeidsgiverens kontrolladgang bli fremstilt i punkt 3. Reglene for behandling av personopplysninger vil bli behandlet i punkt 4. Til

²⁸ NOU 2009:1 s. 32

²⁹ NOU 2009:1 s. 32

³⁰ Schartum og Bygrave (2011) s. 18

slutt vil jeg i punkt 5 foreta en vurdering av om reglene i punkt 3 og 4 i tilstrekkelig grad ivaretar arbeidstakerens personvern.

2 Internasjonalt vern

Det finnes et omfattende internasjonalt regelverk knyttet til personvern. Enkeltnasjoner som Norge får stadig mindre handlefrihet når det kommer til utforming av de nasjonale reglene på området, og en større del av utformingen overlates til internasjonale organer som for eksempel EU og Europarådet.

Sentrale regelverk som får betydning for arbeidstakerens personvern er: Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 1950, Europarådskonvensjonen av 1981, ILOs Code of conduct av 1996 og EUs personverndirektiv av 1995.

2.1 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)

Konvensjonen gjelder direkte som norsk lov etter menneskerettsloven § 2, og må naturligvis være med som en tolkningsfaktor når en skal finne ut om de norske reglene ivaretar arbeidstakerens personvern.

Det følger av EMK art. 8 nr. 1 at:

”Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse”.

Og videre i art. 8 nr. 2:

”Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”

Flere avgjørelser fra den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) gjør det klart at EMK art. 8 oppstiller et vern som også omfatter kontorlokaler, og gjennom dette gir bestemmelsen et vern for ansattes personlige integritet på arbeidsplassen.

I saken Niemietz mot Tyskland (dom 16.12.1992) hadde tyske myndigheter gjennomført kontorene til advokat Niemietz. Ransakingen ble gjennomført fordi en byrettsdommer hadde mottatt et fornærmende brev vedrørende en straffesak, hvor en arbeidsgiver nektet å betale kirkeskatt før han hadde betalt sine ansatte lønn. Brevet var sendt fra en gruppe som hadde som formål å minske kirkens innflytelse i samfunnet. Niemietz ble ransaket fordi politiet mistenkte at de kunne finne bevis på kontoret hans for at han hadde sendt brevet. Niemietz hevdet at ransakingen var et brudd på hans rettigheter etter EMK art. 8. EMD konkluderte med at ransakingen var et inngrep i "privatliv" og "korrespondanse", selv om det i denne saken var tale om profesjonelle forhold. Domstolen mente at "privatliv" ikke bare kunne forstås som den indre sirkel, hvor en person levde sitt eget private liv, men også profesjonelle forhold må omfattes. Det ble lagt vekt på at skillet mellom jobb og privatliv utviskes i større grad, og at det ofte er i forbindelse med jobben man utvikler personlige forhold.

I saken Halford mot Storbritannia (dom 25.6.1997) konkluderte EMD med at kontroll av telefonsamtaler de ansatte foretar på arbeidsplassen, var et brudd på EMK art. 8. Halford hadde i stillingen som assisterende politisjef et eget kontor med to telefoner, hvorav en var til privat bruk. Hun hadde ikke fått noen instruksjoner eller restriksjoner for hvordan hun kunne bruke telefonene. Halford påsto at arbeidsgiver hadde avlyttet telefonene for å skaffe seg bevis i en pågående sak mellom dem. EMD fant det klart at telefonsamtaler tatt fra kontorlokaler faller inn under "privatliv" og "korrespondanse" i artikkel 8.

En annen sak som omhandler brudd på artikkel 8 er Copland mot Storbritannia (dom 3.4.2007). Copland var ansatt på et universitet hvor hennes bruk av telefon, internett og e-post ble overvåket. Dette for å kontrollere om hun brukte universitetes fasiliteter til personlig bruk. Copland ble ikke på noe tidspunkt gjort oppmerksom på at hennes telefon og internettbruk ble overvåket. EMD fant at det forelå et brudd på retten til respekt for privatliv, men resultatet kunne blitt annerledes dersom Copland hadde fått beskjed om at hennes bruk ville bli overvåket.

Både Copland-saken og Halford-saken illustrerer hvor viktig det er for arbeidstakere å få informasjon om at arbeidsgiver har iverksatt kontrolltiltak. Verken Copland eller Halford hadde fått informasjon om at de ble kontrollert. Hadde de fått det ville trolig EMD kommet frem til at personvernet ikke var overtrådt.

Köpke mot Tyskland (dom 5.10.2010) omhandlet Köpke som arbeidet som butikkansatt i et supermarked. Arbeidsgiveren oppdaget at regnskapet i drikkeavdelingen ikke stemte. Arbeidsgiveren mistenkte Köpke og en annen ansatt for å ha manipulert regnskapene. Med hjelp fra et detektivbyrå utførte arbeidsgiveren skjult videoovervåking av kassaområdet i drikkeavdelingen. Köpke ble deretter avskjediget, uten varsel, for tyveri. Hun ble anklaget for å ha manipulert regnskapene i drikkeavdelingen og for å ha tatt penger fra kassa. Köpke brakte saken inn for EMD og hevdet at Tyskland ikke hadde beskyttet hennes rett til privatliv på jobb.

Retten slo fast at begrepet privatliv etter artikkel 8 også strekker seg til profesjonelle aktiviteter utenfor en persons private hjem. Etter å ha undersøkt hvordan de nasjonale tyske domstoler hadde vurdert saken bemerket EMD at hemmelig videoovervåking av en ansatt på arbeidsplassen må anses som et betydelig inngrep i den ansattes private liv. I denne saken ble imidlertid overvåkingen utført etter at uregelmessighetene i regnskapet hadde blitt oppdaget. Mistanken var rettet mot Köpke og en annen ansatt som arbeidet i drikkeavdelingen, og overvåkingen var kun rettet mot kassaområdet i drikkeavdelingen og området umiddelbart rundt kassa. Overvåkingen var også tidsbegerenset, og varte kun i to uker. Inngrepet i Köpkes private liv ble dermed begrenset til det som var nødvendig for å oppnå målene med overvåkingen. Domstolen påpekte videre at ansattes rett til privatliv måtte veies mot arbeidsgiverens eiendomsrett. EMD konkluderte så med at den tyske domstolen hadde klart å finne en rettmessig balanse mellom Köpkes rett til privatliv og arbeidsgiverens interesse i å beskytte sin eiendom, og samfunnets interesse i rettspleien. EMD konkluderte altså med at det ikke forelå et brudd på EMK artikkel 8.

Köpke-saken er dermed et eksempel på at arbeidsgiverens interesse i å beskytte sin eiendom overgikk hensynet til den ansattes rett til privatliv. Domstolen begrunnet dette med at

det forelå konkret mistanke, kontrollen var tidsbegrenset og den foregikk bare i området umiddelbart rundt kassa. Kontrollen ble derfor ikke ansett å være så veldig inngripende.

2.2 Europarådets konvensjon

Europarådets konvensjon av 1981 omhandler personopplysningsvern. Ved ratifikasjon av konvensjonen forplikter staten seg til å inkorporere dens prinsipper i sitt nasjonale regelverk. Konvensjonen inneholder imidlertid ikke rettigheter som direkte kan anvendes av enkeltindivider, og har heller ikke et eget håndhevelsesorgan som folk kan henvende seg til. Kjernen i europarådskonvensjonen er et sett prinsipper som fastsetter minstestandarder for all automatisk behandling av personopplysninger.³¹ Europarådet har i tillegg vedtatt en lang rekke anbefalinger som utdyper reglene i konvensjonen innenfor nærmere avgrensede områder, blant annet arbeidsgiverens behandling av opplysninger om arbeidstakere. Disse anbefalingene er ikke folkerettslig bindende, men vil kunne brukes som et utgangspunkt ved utforming av regelverk.³²

2.3 EUs personverndirektiv

Personopplysningsloven bygger på EUs personverndirektiv, som er en del av EØS-avtalen. Formålet med direktivet er å skaffe et mest mulig ensartet regelverk for personvern i medlemslandene, slik at personopplysninger kan flyte fritt mellom dem og sørge for at personopplysningsvernet holder et høyt nivå.³³

³¹ Schartum og Bygrave (2011) s. 82-83

³² Schartum og Bygrave (2011) s. 84

³³ Schartum og Bygrave (2011) s. 86-87

Direktivet gir ingen føringer for hvor sterkt det nasjonale personopplysningsvernet kan være, det er imidlertid ikke adgang til å vedta et svakere vern enn det som fremgår av direktivet.³⁴

EU-kommisjonen har uttalt at personverndirektivet mangler regler som ivaretar arbeidstakernes personvern på arbeidsplassen. Høsten 2002 var spørsmålet om arbeidstakernes beskyttelse av personlig informasjon opp til behandling. Kommisjonen ga der uttrykk for at det var viktig å få etablert regler i direktivet om for eksempel narkotikatesting, betydning av samtykke som grunnlag for å behandle personopplysninger og beskyttelse av privat e-post. Samtidig uttalte kommisjonen at det burde fastsettes visse grunnvilkår for all behandling av personlig informasjon om arbeidstakerne.³⁵ Slike regler er imidlertid ikke kommet inn i direktivet, og er derfor heller ikke inntatt i personopplysningsloven. Både loven og direktivet gir generelle regler om personopplysningsvern, men ingen av dem har mer spesielle regler som er rettet mot personvernet på arbeidsplassen.

2.4 ILOs Code of Conduct

ILO er FNs særorganisasjon for arbeidslivet. Organisasjonens oppgave er å bedre levevilkårene, arbeidsforholdene og arbeidsmuligheten for arbeidstakere over hele verden. ILO er også ansvarlig for å sette opp og ha tilsyn med internasjonale arbeidsstandarder.³⁶

Organisasjonen har utarbeidet anbefalinger til medlemsstatene om vern av arbeidstakerens personlige integritet i ”Protection of workers’ personal data: an ILO code of practice”. Denne er ikke bindende for Norge, men kun en anbefaling om hvilken praksis som bør legges til grunn ved utarbeidelse av lov, kollektive avtaler og ved behandling av personopplys-

³⁴ Schartum og Bygrave (2011) s. 88

³⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 136

³⁶ FN (2012)

ninger om arbeidstakere.³⁷ Anbefalingen omhandler konkrete punkter vedrørende arbeidsgiverens adgang til narkotikatesting, personlighetstester og diskriminering.

³⁷ Underutvalgets rapport, Kontroll og overvåking i arbeidslivet s. 13-14

3 Iverksettelse av kontrolltiltak

3.1 Hva er et kontrolltiltak?

Arbeidsmiljøloven gir ingen legaldefinisjon av begrepet «kontrolltiltak», men det fremgår av forarbeidene at begrepet omfatter et vidt spekter av tiltak.³⁸ Eksempler på ulike kontrolltiltak er kameraovervåking, tidsregistrering, innsyn i arbeidstakerens e-post, rusmiddeltesting, ransaking, adgangskontroll og sporing gjennom mobiltelefon eller GPS. Tilleggsavtale V til Hovedavtalen mellom LO og NHO er illustrerende for hvor vidt begrepet kontrolltiltak er. Av avtalen fremkommer det at kontrolltiltak kan ha sitt grunnlag i teknologiske, økonomiske, sikkerhets- og helsemessige omstendigheter, samt andre sosiale og organisatoriske forhold i bedriften.³⁹ Det ser ut til at lovgiver bevisst har valgt å ikke definere begrepet, da en ikke kan utelukke at den teknologiske utviklingen bidrar til at det vil oppstå nye former for kontrolltiltak i fremtiden. En forutsetter med andre ord at begrepet kontrolltiltak skal være dynamisk.⁴⁰

3.2 Styringsretten

Arbeidsgiverens kontrolladgang har i utgangspunktet vært forankret i arbeidsgiverens styringsrett. Styringsretten vil være en naturlig konsekvens av selve arbeidsavtalen, og det over- og underordningsforhold som er mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidsgiver vil i kraft av å være den overordnede ha instruksjonsmyndighet overfor arbeidstaker, og det er arbeidsgiver som vil ha det siste ord i alle beslutninger som tas. Retten er ikke lovregulert, men følger av fast og langvarig rettspraksis og er forutsatt i arbeidsmiljøloven og ellers

³⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147

³⁹ Hovedavtalen LO/NHO 2010-2013, Tilleggsavtale V

⁴⁰ Schartum (2013) s. 24

i lovverket. Styringsretten defineres gjerne som retten til å lede, fordele og kontrollere arbeidet.⁴¹ Fordeling og kontroll innebærer at arbeidsgiver fastsetter hvem som skal gjøre hva, sørger for at arbeidsoppgavene blir utført korrekt og at arbeidstaker følger de ordrer som blir gitt. Ledelse innebærer å følge opp bedriftens beslutninger og å ta standpunkt til hvor bedriften skal etablere seg og drive virksomhet fra.⁴²

Arbeidsgiverens styringsrett er imidlertid vidtgående begrenset. Begrensninger følger av bestemmelser i lov, tariffavtale og av den individuelle arbeidsavtale, og styringsretten har av denne grunn vært omtalt som en restkompetanse.⁴³ Utgangspunktet er at styringsretten omfatter retten til å kontrollere ansatte, men arbeidsmiljøloven § 9-1 setter begrensninger for denne retten. Utviklingen vi ser i dag preges av ytterligere begrensninger, og av at ansatte og tillitsvalgte får mer innflytelse når beslutninger skal treffes. Ansattes medbestemmelsesrett innebærer at de har mulighet til å øve innflytelse på innholdet av styringsretten. Samtidig er det en forutsetning for å få en bedrift til å fungere at man har en ledelse som er i stand til å treffe beslutninger og utøve myndighet overfor de ansatte.⁴⁴

3.3 Begrensninger i arbeidsgiverens styringsrett

3.3.1 Materielle krav

Arbeidsgiverens adgang til å iverksette kontrolltiltak reguleres av arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd, som sier at arbeidsgiver bare kan iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker når tiltaket har saklig grunn i virksomhetens forhold og ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren. Før aml. kapittel 9 kom inn i loven i 2005 var arbeidsgiverens adgang til å iverksette kontrolltiltak regulert av ulovfestede arbeidsrettslige og personvernrettslige regler og prinsipper. Bestemmelsen i § 9-1 angir de generelle vilkår for ar-

⁴¹ Fanebust (2013) s. 110

⁴² Fanebust (2013) s. 119

⁴³ Evju (2003-2005) s. 20-21

⁴⁴ Jakhelln (2006) s. 53

beidsgiverens kontrolladgang og er forutsatt å kodifisere gjeldende ulovfestet rett på området.⁴⁵ Arbeidsgiverens adgang til å iverksette et kontrolltiltak vil i hovedsak bestå av en avveining av virksomhetens behov for kontrollen, tiltakets karakter og hvor inngripende kontrollen er overfor arbeidstakeren.⁴⁶

To kumulative vilkår må altså være oppfylt for at arbeidsgiver skal kunne iverksette kontrolltiltak: Tiltaket må ha ”saklig grunn”, og tiltaket må ikke innebære en ”uforholdsmessig belastning”.

3.3.1.1 Saklighetskravet

Arbeidsgiver kan bare iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker når tiltaket har «saklig grunn» i virksomhetens forhold. Rt-2001-418, ”Kårstødommen”, gir uttrykk for at allmenne saklighetsnormer begrenser styringsretten. Etter dommen forstås saklighetskravet slik at arbeidsgiver ikke kan foreta vilkårlige og ubegrunnede inngrep overfor arbeidstakerne, og det må ikke tas utenforliggende hensyn når en skal sette i verk et kontrolltiltak.⁴⁷ I dette ligger et krav om at arbeidsgiver ikke kan basere sine avgjørelser på tilfeldigheter, og han kan ikke forskjellsbehandle arbeidstakerne ved for eksempel bare å overvåke noen få. At arbeidsgiver ikke må ta utenforliggende hensyn betyr at han bare kan ta hensyn som er saklige og relevante i forhold til kontrolltiltaket som skal iverksettes. Det er ikke mulig å angi en uttømmende liste over hva som skal anses som saklig grunn i en virksomhet, vilkåret må dermed vurderes konkret i det enkelte tilfelle.⁴⁸

Forarbeidene forutsetter at saklighetskravet inneholder to hovedelementer: For det første må det foreligge et saklig formål for kontrolltiltaket som kan forankres i virksomheten. Dette medfører at tiltak som er begunnet ut fra formål som i prinsippet er virksomheten uvedkommende, for eksempel i alminnelige samfunnsinteresser, ikke vil ha hjemmel i aml. § 9-1. For det andre må saklighetsvurderingen foretas i forhold til den enkelte arbeidstaker.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314

⁴⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144

⁴⁷ Rt. 2001 s. 418 (side 427)

⁴⁸ Jakhelln og Aune (2006) s. 341

At kontrolltiltaket er saklig overfor én arbeidstaker eller en gruppe av ansatte, innebærer ikke at tiltaket vil være tilstrekkelig saklig overfor andre.⁴⁹

Tilsvarende saklighetskrav finner vi også i pol. § 11, hvor det i bokstav b uttrykkes at personopplysninger bare kan behandles til formål som er saklig begrunnet i virksomheten. Formålet står dermed sentralt både etter personopplysningsloven og arbeidsmiljøloven.

Saklighetskravet skal leses som et krav om tilstrekkelig saklig grunn.⁵⁰ Om kravet til tilstrekkelig saklig grunn er oppfylt vurderes ut fra en rekke momenter. For det første må kontrolltiltaket være egnet til og nødvendig for å gjennomføre formålet.⁵¹ I dette ligger at kontrolltiltaket må være i stand til å gjennomføre formålet det ble igangsatt for. Er formålet å bedre sikkerheten i virksomheten må formålet være egnet til å avdekke og forebygge de sikkerhetsrisikoer som virksomheten vil eliminere. At kontrolltiltaket må være nødvendig innebærer at det må vurderes om formålet kan ivaretas på annen og mindre belastende måte, for eksempel gjennom et mindre inngripende kontrolltiltak. Et ytterligere moment er et krav om vedvarende saklighet, det vil si at saklighetskravet må være oppfylt til enhver tid. Dersom behovet eller formålet som begrunnet tiltaket ikke lenger eksisterer eller er betydelig redusert må kontrolltiltaket opphøre. I saklighetskravet ligger også et forbud mot usaklig forskjellsbehandling av arbeidstakere i forbindelse med kontrolltiltak.⁵²

3.3.1.2 Forholdsmessighetsvurderingen

Om tiltaket innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren finner vi ut av ved å foreta en proposjonalitetsvurdering av hensynene for og i mot kontrolltiltaket. Ser man på ordlyden i bestemmelsen fremstår det som klart at det må foretas en interesseavveining mellom arbeidsgiverens interesse i å gjennomføre kontrollen, mot hensynet til hvor hardt kontrollen vil ramme arbeidstakeren.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144 -145

⁵⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

⁵¹ Jakhelln (2006) s. 397

⁵² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

Arbeidsmiljøloven angir ikke hvilke hensyn en skal legge vekt på i en slik forholdsmessighetsvurdering, men forarbeidene oppstiller en rekke momenter. Blant annet vil de momenter som er nevnt i fremstillingen av saklighetskravet være relevant.⁵³

Ved forholdsmessighetsvurderingen er det også viktig å se på alle kontrolltiltakene arbeidsgiver har gjennomført samlet. Selv om et kontrolltiltak isolert sett er i samsvar med lovens vilkår, kan det anses ulovlig dersom det sammen med eksisterende kontrolltiltak fører til at den forsvarlige tålegrensen for arbeidstakerne blir overskredet.⁵⁴

Vurderingen av om kontrollen vil medføre en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren vil videre bero på tiltakets formål og kontrollens art. Tiltakets formål avgjør hvor inngripende tiltak som kan tas i bruk. I rettspraksis⁵⁵ er det uttalt at jo mer alvorlig formålet med tiltaket er, desto mer inngripende tiltak vil kunne tillates. I vurderingen av kontrollens art skal man legge vekt på hvor vedvarende kontrollen er, da dette vil anses mer belastende enn en enkeltstående kontroll.

Hvordan kontrollen gjennomføres, og hvordan personvernet til den enkelte arbeidstaker blir ivaretatt er også viktige momenter ved vurderingen.⁵⁶ Det er nemlig viktig for arbeidstaker at ikke alle kan få tilgang til opplysninger om han som fremkommer av kontrollen. Dersom kontrolltiltaket går ut over arbeidstakerens krav på personlig integritet, verdighet, privatlivets fred eller lignende skal det mye til for at tiltaket anses som forholdsmessig. Mens tradisjonelle kontrolltiltak, så som tidsregistrering, adgangskontroll og lignende som oftest vil være lovlig.⁵⁷

Personopplysningsloven stiller også krav om forholdsmessighet.⁵⁸ Det følger av pol. § 8 bokstav f at det må foretas en interesseavveining mellom den behandlingsansvarliges inter-

⁵³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

⁵⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

⁵⁵ RG 2002 s. 162

⁵⁶ Jakhelln og Aune (2006) s. 343

⁵⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

⁵⁸ NOU 2004:5 s. 423

esse i å behandle opplysningene mot hensynet til den registrertes personvern. Denne bestemmelsen vil jeg komme tilbake til senere i avhandlingen, men det er viktig å få frem at saklighets- og forholdsmessighetsvurderingen som ivaretar de ansattes krav på personvern fremgår både av personopplysningsloven og arbeidsmiljølovens bestemmelser.

3.3.1.3 Saklighets- og forholdsmessighetsvurderingen i rettspraksis

Det er ikke mulig å angi en uttømmende liste over alle skjønnsmomentene i aml. § 9-1, men arbeidsrettens og domstolenes praksis på området vil danne et utgangspunkt for vurderingen.⁵⁹

I RG-2010-310, ”Apotekteknikerdommen”, konkluderte retten med at kontrollen ikke var i strid med § 9-1. Saken omhandlet gyldigheten av en oppsigelse av en apotek-ansatt, jf aml. § 15-14. En vokter hadde kontrollert vesken til den ansatte i det hun forlot arbeidsplassen, men motsatte seg at vekteren fikk kontrollere posen i bilen hennes som sto ute på parkeringsplassen. Retten måtte dermed foreta en vurdering av om kontrollen som ble foretatt var lovlig. Ved vurderingen la retten vekt på at et apotek har et særlig behov for kontrolltiltak, på grunn av apotekvarenes art og faren for videreomsetning av stjalne medikamenter. Dette behovet vil være større enn kontrollbehovet dagligvareforretninger for eksempel har, da det er mer alvorlig dersom en apotek-ansatt stjeler med seg medisiner enn at en butikk-ansatt stjeler en sjokolade. Lagmannsretten fant at kontrollen av posen i bilen var en naturlig og nærliggende følge av veskekontrollen ved arbeidsslagets slutt. Dersom man ikke kunne kontrollere bilen, ville det bli enkelt for ansatte å gjøre kontrollen urealistisk og ineffektiv. Retten kunne heller ikke se at det var en tilleggsuleppe for den ansatte å la kontrollen skje i bilen. Etter en helhetsvurdering fant lagmannsretten at kontrollen ikke var i strid med § 9-1. Etter vurderingen av § 9-2 kom retten til at også denne bestemmelsen var oppfylt, og uttalte: ”En samlet bedømmelse tilsier at kontrolladgangen for biler ikke er et så inngripende tiltak at det ikke kan aksepteres av tillitsvalgte og organisasjonene på medlemmenes vegne.”

⁵⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144

Dommen viser at kontroll av ansatte i et apotek vil ha saklig grunn, ved at salg av sentrale produktgrupper er strengt regulert og en må derfor hindre at ansatte kan stjele reseptbelagte medikamenter. Videre viser dommen at kontrollen av bilen vil være forholdsmessig, da den er en naturlig og nærliggende følge av veskekontrollen som den ansatte hadde medvirket til. I tillegg viser dommen til at kontrollen ikke var et så inngripende tiltak overfor den ansatte.

I RG-2007-855, ”Tinekjennelsen”, konkluderte retten med at kontrollen var lovlig. Lagmannsretten uttalte at vilkåret om saklig grunn vil være oppfylt dersom kontrolltiltaket er iverksatt for å avdekke straffbare forhold begått av arbeidstakeren. Vurderingstemaet var derfor om kontrolltiltaket var forholdsmessig. Flertallet kom til at vilkårene i § 9-1 var oppfylt. Lagmannsretten fremhever at kontrollen ikke skal innebære en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren og at kontrollen ikke kan gjennomføres dersom formålet kan oppnås ved mindre inngripende tiltak. Om kontrollen vil medføre en uforholdsmessig belastning vil bero på hvor tungtveiende bedriftens behov er og tiltakets formål, sammenholdt med kontrollens art, og om det aktuelle formål kan ivaretas på en mindre belastende måte. Forholdsmessighetsvurderingen beror på en konkret vurdering. Lagmannsretten finner det imidlertid ikke tvilsomt at utgangspunktet og hovedregelen vil være at hemmelig spaning med fotografering i skjul ikke er lovlig, likevel kommer rettens flertall til at tiltaket var saklig begrunnet og det ikke innebar en uforholdsmessig belastning. I rettens forholdsmessighetsvurdering har den konkrete mistanken hatt stor betydning. Og retten ville nok ikke kommet til at tiltaket var lovlig etter § 9-1 hadde det ikke vært for at det forelå slik mistanke.

Dommen viser at arbeidsgiveren har saklig grunn til å iverksette kontrolltiltak når det foreligger mistanke om straffbart forhold. Mistanke om straffbare forhold vil også påvirke forholdsmessighetsvurderingen, da arbeidsgivers interesse i å avdekke de straffbare forhold vil veie tyngre enn hensynet til den ansattes personvern. Dommen viser videre at forholdsmessighetsvurderingen er konkret, og vurderingen vil avhenge av bedriftens behov for kontrol-

len, og om den kontrollen som blir iverksatt er egnet til å belyse formålet med den. Det vil også alltid være nødvendig å vurdere mindre inngripende tiltak.

I RG-2007-56, ”Nettbusskjennelsen”, foretok retten også en vurdering av om kravet til saklighet og forholdsmessighet var oppfylt. Aml. § 9-1 var ikke trådt i kraft da kontrollen i saken ble gjennomført, men det ble antatt at tilsvarende krav gjaldt på ulovfestet grunnlag. Det var ikke strid om saklighetskravet var oppfylt, spørsmålet var altså om kontrollen var å anse som forholdsmessig. Lagmannsretten fant at kontrollen innebar et vesentlig inngrep i personvernet, og kunne derfor ikke aksepteres. De la vekt på at kontrollen hadde et klart provokasjonslignende preg og at kontrolløren fikk tilgang til den ansattes hjem og overhørte hans private samtaler. Det var heller ikke forsøkt en mindre inngripende måte for kontroll på forhånd. Retten mente videre at en bør forsøke å unngå slike inngripende kontrolltiltak, iallfall når de ikke kan anses tvingende nødvendig.

Dommen illustrerer viktigheten av at det ved forholdsmessighetsvurderingen tas hensyn til at arbeidstakeren ikke skal utsettes for unødig kontroll, og at mindre inngripende kontrolltiltak må prøves først. Dommen viser videre at vesentlig inngrep i personvernet ikke kan aksepteres.

3.3.2 Prosessuelle krav

3.3.2.1 Arbeidsmiljøloven § 9-1, annet ledd

Arbeidsmiljøloven § 9-1 annet ledd presiserer at det er personopplysningsloven som gjelder når arbeidsgiver skal behandle opplysninger om arbeidstakerne, med mindre annet er fastsatt i lov. Bestemmelsen er imidlertid en ren henvisningsbestemmelse og personopplysningsloven ville fått anvendelse uavhengig av denne.

3.3.2.2 Arbeidsmiljøloven § 9-2

Arbeidsmiljøloven § 9-2 første ledd oppstiller en drøftelsesplikt for arbeidsgiver. Han plikter så tidlig som mulig å drøfte behov, utforming, gjennomføring og vesentlig endring av kontrolltiltak i virksomheten med arbeidstakernes tillitsvalgte. Drøftelsene skal sikre at

arbeidstakerne, gjennom deres tillitsvalgte, får reelle muligheter til å komme med innspill før beslutning om kontrolltiltak blir truffet.⁶⁰ Drøftelsene må derfor finne sted så tidlig at det er mulig å ta med innspillene i beslutningsgrunnlaget. Det bør være et særlig siktemål at partene gjennom drøftelsene kommer frem til løsninger som i størst mulig grad begrenser inngrepet i arbeidstakernes personlige forhold og andre ulemper ved kontrollen.⁶¹ Dersom partene ikke blir enige under drøftelsen får ikke dette noen konsekvenser for rettmessigheten av kontrolltiltaket. Så lenge tiltaket ikke er i strid med lovens bestemmelser er det arbeidsgiver som bestemmer om han skal innføre kontrolltiltaket, om tillitsvalgte i bedriften er uenig har således ingen innvirkning på lovligheten.⁶²

Videre oppstilles en informasjonsplikt i bestemmelsens andre ledd. Bokstavene a, b og c angir informasjon som arbeidstakerne minimum har krav på, herunder formålet med kontrolltiltaket, hvordan tiltaket blir gjennomført og antatt varighet av kontrollen. Bestemmelsen forutsetter at det bare er de arbeidstakerne som blir berørt av kontrolltiltaket som har krav på informasjon. I forarbeidene påpeker departementet at informasjonen i bokstav b vil være av særlig betydning.⁶³ Et eksempel på at kontrolltiltaket er funnet urettmessig på grunn av manglende informasjon har vi i RG-1993-77 (E-postdommen), hvor tingretten uttalte at det er en viktig side av det ulovfestede personvern at den enkelte er klar over hva andre vet om en selv. En ansatt må derfor få informasjon om hvilke opplysninger og dokumenter arbeidsgiver har tilgang til. Administrerende direktør i selskapet gikk i denne saken inn på den ansattes private fil på dataanlegget, uten at den ansatte på forhånd ble gjort oppmerksom på dette i form av instruks, ved alminnelig kjent praksis eller ved samtykke. Retten fant at dette var en krenkelse av den ansattes krav på beskyttelse av privat informasjon.

⁶⁰ Jakhelln (2006) s. 412

⁶¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147

⁶² Fougner (2013) s. 338

⁶³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147

Til slutt oppstilles en evalueringsplikt for arbeidsgiver. Arbeidsgiveren skal evaluere kontrolltiltak med arbeidstakerens tillitsvalgte for å kunne fastslå om det fortsatt er behov for kontrolltiltaket, jf. § 9-2, tredje ledd. Kontrolltiltaket må til enhver tid oppfylle vilkårene i aml § 9-1. Dersom vilkårene ikke er oppfylt må tiltaket avvikles. Hvor ofte og hvor grundig evalueringen skal være må vurderes konkret for hvert enkelt kontrolltiltak.⁶⁴

Forarbeidene uttaler at bestemmelsen er en ordensforskrift. Det innebærer at overtredelse av drøftelses- eller informasjonsplikten ikke i seg selv gjør at tiltaket er ulovlig.⁶⁵ Med andre ord må ikke de prosessuelle kravene være oppfylt for at kontrolltiltaket skal kunne iverksettes. Manglende informasjon eller drøfting vil imidlertid være et moment i saklighetsvurderingen etter § 9-1, 1.ledd og vil kunne medføre at tiltaket blir ansett ulovlig.⁶⁶

Drøftings- og informasjonsplikten inntreffer ikke ved hvert enkelt kontrolltiltak virksomheten gjennomfører. Kravene om drøfting og informasjon knytter seg til de systemer for kontroll og overvåking som virksomheten iverksetter. For eksempel vil ikke en konkret veskekontroll medføre drøftingsplikt, men tiltaket som sådan forutsettes å ha vært drøftet tidligere.⁶⁷

Informasjon til de ansatte før kontrolltiltak iverksettes og at tillitsvalgte får være med å drøfte og evaluere tiltaket, er viktig for muligheten de ansatte har til å beskytte sin personlige integritet. Dersom de ansatte får klar informasjon om hva tiltaket går ut på og hvordan det blir gjennomført vil de ha anledning til å innrette seg og kan dermed unngå at deres personvern blir krenket.

3.3.3 Ytterligere begrensninger

Adgangen til å iverksette kontrolltiltak må vurderes i forhold til ytterligere begrensninger som arbeidsmiljøloven stiller opp. Loven er gjort ufravikelig i § 1-9, med mindre annet er fastsatt. Loven vil med dette beskytte arbeidstakeren slik at han ikke kan stilles dårligere

⁶⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148

⁶⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314

⁶⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314

⁶⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148

enn det loven gir uttrykk for. Bestemmelsene i §§ 9-1 og 9-2 vil ikke kunne fravikes til ugunst for arbeidstakeren, verken ved samtykke, arbeidsavtale eller tariffavtale.⁶⁸ Det er imidlertid ingenting i veien for at arbeidsgiver og arbeidstaker inngår avtaler som er til gunst for de ansatte. Videre stiller arbeidsmiljøloven § 4-1 krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Kontrolltiltak kan ikke iverksettes dersom de får en negativ innvirkning på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd. Hva som regnes som et fullt forsvarlig arbeidsmiljø vil følge samfunnsutviklingen på området. Ved for eksempel endring i teknologi eller ved ny kunnskap om risikofaktorer i arbeidsmiljøet skjerpes kravet til forsvarlig arbeidsmiljø.⁶⁹ Vilkårene i aml. § 9-1 må altså ses i sammenheng med forsvarlighetskravet. Selv om kontrolltiltaket anses som forholdsmessig og er saklig begrunnet i virksomheten, kan tiltaket likevel anses ulovlig fordi grensen til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø overskrides.⁷⁰

3.3.4 Kontrolladgangen ved konkret mistanke

I noen tilfeller har arbeidsgiver en sterk mistanke om at arbeidstaker foretar ulovlige eller uredelige handlinger på arbeidsplassen, og som en følge av dette setter arbeidsgiver i gang kontrolltiltak for å fremskaffe bevis mot arbeidstakeren. Arbeidsgiverens kontrolladgang ved konkret mistanke er ikke lovregulert i norsk rett og spørsmålet er ikke fullt ut avklart i andre rettskilder, men det er antatt at adgangen vil være noe utvidet.

Det kan imidlertid være tvilsomt om en slik utvidet adgang vil være i tråd med artikkel 8 nr. 2 i EMK. Bestemmelsen krever at inngrep i privatliv må ha hjemmel i "law". Dette skal forstås som både skreven og uskreven rett, men det stilles krav til at regelen må være tilgjengelig og tilstrekkelig presis slik at borgerne kan forutberegne sin rettstilling.⁷¹ Videre må inngrepet være nødvendig i et demokratisk samfunn og inngrepet må være begrunnet i et av de oppregnede formålene. Dersom inngrep i privatliv ved konkret mistanke ikke kan

⁶⁸ NOU 2004:5 s. 432

⁶⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 307

⁷⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

⁷¹ Malone mot Storbritannia (dom.2.8.1984) avsnitt 66

hjemles i rettspraksis eller annen ulovfestet rett vil dermed inngrepet være i strid med EMK.

EMD utvidet selv kontrolladgangen i Köpke-saken⁷², hvor det forelå konkret mistanke. Kontrollen som ble gjennomført var imidlertid tidsbegrenset og overvåkingen var kun rettet mot kassaområdet hvor de to mistenkte sto. Og de la vekt på at arbeidsgiveren hadde en rett til å beskytte sin egen eiendom. Overvåkingen var dermed begrenset i tid og sted, og ble derfor ikke ansett å være veldig integritetsinngripende.

Forarbeidene⁷³ uttaler at avveiningen mellom arbeidsgiverens kontrollbehov og arbeidstakerens krav på personvern vil bli annerledes hvor det foreligger mistanke om uredlige forhold mot arbeidstakeren, og det taler for at arbeidsgiverens adgang til kontroll går noe lenger i slike tilfeller. Arbeidsgiveren har imidlertid ikke frie tøyler til å iverksette kontrolltiltaket hver gang mistanke oppstår. Dersom det er mistanke om straffbare forhold vil det være politiet som har etterforskningsansvaret.⁷⁴

Når det gjelder arbeidsgiverens rett til innsyn i arbeidstakerens e-postkasse regulerer personopplysningsforskriften kapittel 9 kontrolladgangen. Forskriftens § 9-2 oppstiller vilkårene for innsyn, og i bestemmelsens bokstav b gis arbeidsgiver rett til innsyn ved begrunnet mistanke om mislighold av bruk av e-postkassen fra arbeidstakers side. Forskriften viser altså at lovgiver finner at "begrunnet mistanke" kan brukes som rettslig grunnlag for å kreve innsyn i arbeidstakers e-post. Dette kan tale for at konkret mistanke også kan rettferdiggjøre at andre kontrolltiltak blir iverksatt av arbeidsgiver, men før en slik bestemmelse blir uttrykt i loven vil rettstilstanden være uklar på området.

⁷² Köpke mot Tyskland (dom 5.10.2010), se punkt 2.1.1

⁷³ NOU 2004:5 s. 430

⁷⁴ NOU 2004:5 s. 430

Rt-2001-668, ”Tippekassekjennelsen”, gjaldt spørsmål om avskjæring av videopptak som bevis i en oppsigelsessak. Begrunnelsen for oppsigelsen var mistanke om at arbeidstakeren hadde gjort et stort underslag i sin stilling som butikkansatt. Butikken var videoovervåket, noe det også var opplyst om, men opptaket som ble lagt frem som bevis var tatt med et kamera som ble satt opp etter, og uavhengig av denne overvåkingen. Kameraet var satt opp rett over tippekassen slik at det kun var personalet som sto i denne kassen som ble overvåket. Kjøremålsutvalget bestred ikke at den generelle overvåkingen av butikken var lovlig, da det ikke kan rettes innvendinger mot en slik allmenn overvåking som blir varslet tydelig. Men utvalget fant at en slik særskilt, hemmelig og formålsrettet overvåking som kameraet over tippekassen ble benyttet til, representerte et vidtgående integritetsinngrep i forhold til de ansatte. Og klare personvern hensyn talte etter utvalgets syn for at et slikt opptak i utgangspunktet ikke var fremskaffet på lovlig måte. Saken viser til Rt-1991-616, ”Gatekjøkkenkjennelsen”, hvor det var mistanke om at en ansatt unnlot å slå inn betaling for varer på kassen, og arbeidsgiveren koplet en opptaksmaskin til overvåkingskameraet som var satt opp for å skaffe seg bevis. Høyesterett fant at den hemmelige overvåkingen innebar et inngrep i den personlige integritet og ble derfor ansett som ulovlig.

Videopptakene i begge sakene ble altså nektet ført som bevis selv om det forelå mistanke. Dommene kom før reglene i aml. kapittel 9, men gir likevel føringer for kontrolladgangen ettersom reglene gjennomfører tidligere ulovfestet rett.

RG-2007-855, ”Tinekjennelsen”, omhandler også kontrolltiltak som er iverksatt etter konkret mistanke fra arbeidsgiver. Spørsmålet i saken var om bevis fremskaffet ved kontrolltiltak kunne fremlegges. Arbeidsgiveren hadde fått tips om at arbeidstakeren underslo varer fra arbeidsplassen og iverksatte hemmelig spaning med fotografering av arbeidstakeren utenfor boligen hans. På bakgrunn av det som kom frem av kontrollen ble arbeidstakeren avskjediget. Flertallet, på to dommere, kom frem til at kontrolltiltaket var lovlig, mens mindretallet, på én dommer, mente at kontrolltiltaket var ulovlig. Lagmannsretten uttalte imidlertid at utgangspunktet og hovedregelen vil være at hemmelig spaning med fotografering i skjul ikke er lovlig, i alle fall som et generelt kontrolltiltak.

Flertallet la vekt på at det forelå et konkret tips om at arbeidstaker urettmessig tilegnet seg varer fra arbeidsgiveren, og at spaning ble ansett som særlig velegnet for å avdekke eventuelle misligheter. På den annen side understreket flertallet at det bare kan være aktuelt å akseptere denne formen for kontroll dersom det foreligger en konkret mistanke om straffbare forhold mot en eller flere ansatte, og at andre kontrollmuligheter fremstår som utjenlige. Rammene for å godta denne formen for kontroll, vil derfor være snevre.

Mindretallet bemerket at hemmelig overvåking i form av å bli fulgt etter og fotografert i skjul er et vel så stort integritetsinngrep som særskilt, hemmelig og formålsrettet videoovervåking.

Dommen er avsagt i dissens, og understreker dermed hvor vanskelig avveiningen er når en skal finne ut om et kontrolltiltak er lovlig eller ikke. Det fremstår som klart at spaning og overvåking er et svært integritetsinngripende kontrolltiltak og vil derfor som hovedregel ikke kunne iverksettes. Flertallet i kjennelsen er kommet til at tiltaket anses lovlig, men de understreker at rammene for å godta en slik form for kontroll vil være snevre. Det må foreligge en konkret mistanke, og andre formål må være utjenlige. Personvern hensyn blir altså ivaretatt også av flertallet.

Forskjellen på ”Tippekassekjennelsen” og ”Tinekjennelsen” er imidlertid at i førstnevnte sak var det tale om vedvarende overvåking, mens i ”Tinekjennelsen” var overvåkingen målrettet og et engangstilfelle. Dommene viser at vedvarende overvåking vil være mer integritetskrekkende, og det er ikke sikkert flertallet ville konkludert med at kontrolltiltaket var lovlig i ”Tinekjennelsen” dersom det hadde vært snakk om vedvarende kontroll. I ”Tinekjennelsen” ble det foretatt spaning med fotografering og det var dermed ikke et videoopptak som ble fremlagt som bevis, men spanernes selvstendige vitneobservasjoner og fotografier. Dette vil kanskje ikke fremstå like krenkende for den ansatte. At dommen er avsagt i dissens, og at det er en underrettsdom vil imidlertid svekke dens betydning.

Rt-2013-143, ”Avfallsservicesaken”, er også et eksempel på at kontrolltiltak ble iverksatt etter konkret mistanke. Ledelsen i Avfallsservice AS hadde fått konkret mistanke om at arbeidstakeren brøt sine arbeidsrettslige plikter ved å ta lange pauser og dermed få urett-

messig overtidsbetaling. For å avdekke det mulige bruddet på arbeidsplikten så Avfallsservice på loggførte rapporter fra en elektronisk innretning i søppelbilen, som ga opplysninger om hvordan hver enkelt søppeldunk ble håndtert, og sammenlignet disse med timelistene.

Høyesteretts flertall gjorde det klart at generell kontroll av ansatte lå utenfor hva arbeidstakeren kunne forvente at opplysningene skulle brukes til, men at det var noe mer tvilsomt når det forelå konkret mistanke om uredelige forhold. Høyesterett la imidlertid vekt på at hensynet til tillit i arbeidsforhold taler for at opplysninger ikke kan brukes til kontrollformål uten at arbeidstaker har fått uttrykkelig informasjon om at de kan brukes til slike formål på forhånd.

Mindretallet, på én dommer, konkluderte derimot med at arbeidsgiver hadde hjemmel til å kontrollere loggen. Etter hans syn har arbeidsgiver en berettiget interesse i å avdekke foretatt misbruk, når det dreier seg om forhold av et visst alvor og arbeidsgiver har konkret mistanke om dette. Dommeren viser til forarbeidene⁷⁵ som presiserer at det skal mye til før tradisjonelle kontrolltiltak, slik som kontroll i forbindelse med konkret mistanke om straffbare og andre mislige forhold i arbeidsforholdet, vil bli ansett som uforholdsmessig. Ettersom det her kun var snakk om et enkeltstående kontrolltiltak, og arbeidsgiver hadde konkret og begrunnet mistanke om brudd på arbeidsplikten finner dommeren at hensynet til arbeidstaker og den manglende drøftelsen av tiltaket ikke kan tillegges utslagsgivende vekt.

I denne saken mente fire dommere at kontrolltiltaket var ulovlig selv om det forelå konkret mistanke på forhånd og kun én dommer mente at kontrolltiltaket var lovlig, noe han blant annet begrunnet med at det forelå konkret mistanke. Det er dermed et klart flertall for at kontrolladgangen ikke utvides ved konkret mistanke. Dommen er fra Høyesterett, og vil av den grunn tillegges større vekt enn dommer fra underinstanser. Selv om dommen er ny, og vi av den grunn ikke vet om Høyesterett vil fortsette å ta samme standpunkt, vil den tale for at rettstilstanden er usikker og at vi ikke kan fastslå med sikkerhet om kontrolladgangen vil være utvidet ved konkret mistanke.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

Dommene jeg har gjennomgått viser at hensynet til arbeidstakerens personvern veier tungt, og at det kun er i noen få tilfeller kontrollen kan tenkes gjennomført bare på grunn av konkret mistanke.

Borchgrevink finner i sin rapport at kontrolladgangen vil være utvidet ved konkret mistanke, etter å ha gjennomgått flere dommer.⁷⁶ Jeg har sett på dommene hun har gjennomgått, blant annet ”Tinekjennelsen” og ”Tippekassekjennelsen”, omtalt over, og har kommet til motsatt konklusjon. Dommene Borchgrevink mener taler for at det foreligger en utvidet kontrolladgang ved konkret mistanke, finner jeg at ikke begrunner en slik utvidelse. Ved konkret mistanke i LB-2007-121782 kom lagmannsretten, under noe tvil, til at kontrollen var lovlig etter § 9-1. Kontrollen gikk ut på kontroll av datamaskinen til den ansatte for å finne ut når hun hadde vært på jobb. Kontrollen ble imidlertid begrenset til tidsregistrering i filsystemet, mens innholdet av e-post, internettlogger og dokumenter ikke ble kontrollert. Kontrollen ble derfor ikke ansett å være veldig inngripende. I vurderingen av RG-2010-310 uttaler Borchgrevink selv, at dersom saksbehandlingsreglene ikke hadde vært fulgt ville konklusjonen trolig blitt en annen.⁷⁷ Her var det altså ikke det at det forelå konkret mistanke som var utslagsgivende, men det at saksbehandlingsreglene var fulgt. I LG-2006-128425 hadde arbeidsgiver utført stikkprøvekontroller for å avdekke sin mistanke og også lagt penger i kassa, uten at den ansatte visste om det, for å se om det gjorde utslag på dagsoppgjøret i butikken. Dette er heller ikke svært integritetsinngripende kontrolltiltak. RG-2002-162 var også en av dommene Borchgrevink mente talte for en utvidet kontrolladgang ved konkret mistanke. Her ble en butikkmedarbeider utsatt for hemmelig videoopptak på grunn av mistanke om underslag. Denne saken var imidlertid svært spesiell ettersom arbeidstakeren hadde opptrådt på en særlig utspekulert måte ved å manipulere overvåkingskameraene som var satt opp, og på denne måten unndro han seg fra den lovlige kontrollen. Bortsett fra den siste dommen, viser dommene at det er snakk om lite inngripende kontroll-

⁷⁶ Borchgrevink (2011) s. 71

⁷⁷ Borchgrevink (2011) s. 42

tiltak overfor arbeidstakeren, så det at det foreligger mistanke gjør ikke at kontrolladgangen utvides.

Lovteksten oppstiller ingen utvidet adgang for kontroll ved konkret mistanke. Forarbeidene antyder at adgangen kan være utvidet, men domstolenes praksis er sprikende og preges av dissenser. Rettstilstanden fremstår dermed ikke så tilgjengelig og presis som kreves for at ”law”-kravet i EMK artikkel 8 skal være oppfylt.

Reelle hensyn taler også for at arbeidsgiver ikke bør ha så stor frihet innen styringsretten at han kan foreta svært integritetsinngripende tiltak overfor arbeidstakeren, bare for å kunne ta arbeidstakere som mistenkes for mislige forhold. Det er politiets oppgave å etterforske straffbare forhold, ikke arbeidsgiverens.

4 Behandling av personopplysninger

Arbeidsmiljøloven § 9-1 annet ledd, sier at behandling av opplysninger som fremkommer av et kontrolltiltak skal følge personopplysningslovens regler. Arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven må altså ses i sammenheng. Med behandling av opplysninger siktes det til enhver bruk av dem, som for eksempel innsamling, lagring og videreformidling av opplysninger som kan tilbakeføres til bestemte ansatte.

Om arbeidsgiver kan behandle personopplysninger som fremkommer ved kontroll må vurderes konkret ut fra pol. § 8. Bestemmelsen oppstiller generelle og uttømmende vilkår for adgangen til å behandle personopplysninger. Videre må arbeidsgiver sørge for at grunnkravene i pol. § 11 er oppfylt for å kunne behandle personopplysningene. Paragrafen stiller krav til selve gjennomføringen av behandlingen, mens § 8 kan sies å oppstille grunnlag for selve registreringen av personopplysningene.⁷⁸

Vilkårene for å behandle personopplysninger må alltid sees i sammenheng med personopplysningslovens formålsbestemmelse i § 1, som lyder: ”Formålet med denne loven er å beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger”.

4.1 Vilkår for å behandle personopplysninger

For å kunne behandle personopplysninger stilles det krav om at det må foreligge et rettslig grunnlag for behandlingen. Det må foreligge samtykke fra de registrerte personer, hjemmel i lov, eller behandlingen av personopplysninger må anses å være nødvendig for visse formål.

⁷⁸ Johansen (2001) s. 115

4.1.1 Samtykke

Dersom arbeidstakeren samtykker til et kontrolltiltak, aksepterer han et inngrep i sin personlige integritet. Personopplysningsloven bygger på prinsippet om menneskets rett til selv å bestemme over opplysninger om seg selv.⁷⁹ Samtykke fremstår dermed som det mest sentrale alternativet.⁸⁰ For at kontrolltiltaket skal være lovlig må samtykket være «frivillig», «uttrykkelig» og «informert», jf. pol. § 2 nr. 7.

4.1.1.1 "Frivillig"

Samtykket er «frivillig» dersom det ikke er avgitt under tvang fra den behandlingsansvarlige eller andre.⁸¹ I arbeidsforhold kan det diskuteres om kravet til frivillighet er oppfylt, da det over- og underordningsforhold som oppstår mellom arbeidstaker og arbeidsgiver skaper et visst press på arbeidstakeren til å samtykke. På grunn av sin styringsrett vil arbeidsgiveren alltid ha en viss makt over sine ansatte ved at han har mulighet til å gi sanksjoner og belønninger, og arbeidstakeren kan for eksempel frykte at han ikke blir forfremmet eller får lønnsforhøyelse dersom han ikke samtykker.

EU-kommisjonens rådgivende organ i personvernspørsmål er "Artikkel 29-gruppen". Arbeidsgruppen består av representanter fra nasjonale datatilsynsmyndigheter innenfor EØS-området og har som oppgave å gi råd til Kommisjonen om ulike problemstillinger angående personopplysningsvern. Arbeidsgruppen har kun rådgivende myndighet, men har utstedt en lang rekke beslutninger, rekommendasjoner og veiledninger.⁸² Gruppen lager "opinions" basert på personverndirektivet. I opinion 8/2001 har gruppen uttalt: "Reliance on consent should be confined to cases where the worker has a genuine free choice and is subsequently able to withdraw the consent without detriment".⁸³ Arbeidsgruppen anbefaler altså at samtykke bare brukes som behandlingsgrunnlag hvor det ikke er noen tvil om at frivillighetskravet er oppfylt, og når arbeidstakeren kan trekke samtykket tilbake uten at det skader

⁷⁹ NOU 2004:5 s. 420

⁸⁰ Schartum og Bygrave (2011) s. 161

⁸¹ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 103-104

⁸² Schartum og Bygrave (2011) s. 98-99

⁸³ Opinion 8/2001 s. 23

ham på noen måte. Artikkel 29-gruppens uttalelser er som nevnt kun rådgivende, og det må uansett avgjøres konkret i hver sak om samtykket er frivillig eller ikke, det er ingen regel om at samtykke ikke gjelder som rettslig grunnlag i arbeidsforhold.⁸⁴

4.1.1.2 "Uttrykkelig"

Kravet til uttrykkelighet innebærer at det ikke skal være noen tvil om at samtykket er gitt, og hva den registrerte har gitt samtykke til.⁸⁵ Det vil ikke være tilstrekkelig å gi et passivt eller stilltiende samtykke, og heller ikke ved konkludent adferd.⁸⁶

4.1.1.3 "Informert"

At samtykket må være «informert» betyr at den registrerte har krav på all relevant informasjon slik at han vet hva han samtykker til. Han må forstå hva samtykkeerklæringen gjelder, og hvilke konsekvenser denne får eller kan få.⁸⁷ Datatilsynet har utarbeidet retningslinjer for hva som skal informeres. Informasjonen skal minst omfatte navn og adresse på den behandlingsansvarlige, hva opplysningene skal brukes til, om opplysningene skal utleveres til andre, og eventuelt til hvem. Videre skal det informeres om det er frivillig å gi fra seg opplysningene og hvordan du kan bruke rettighetene dine, slik som å kreve innsyn i, retting og sletting av opplysninger som er lagret. Informasjonen må også inneholde informasjon om hvor lenge personopplysningene vil bli behandlet eller oppbevart, og at du når som helst kan trekke tilbake samtykket.⁸⁸

Forarbeidene til loven oppstiller ikke lignende retningslinjer, og det er tvilsomt om domstolene vil følge en slik liste når de skal foreta en vurdering av om et samtykke er tilstrekkelig informert. Det er imidlertid klart at flere av momentene er nødt til å være med som informasjonsgrunnlag dersom den registrerte skal få uttrykkelig informasjon om hva han samtykker til, og hvilke konsekvenser dette vil få for ham.

⁸⁴ Schartum (2013) s. 40

⁸⁵ Schartum og Bygrave (2011) s. 162

⁸⁶ NOU 1997:19 s. 133

⁸⁷ NOU 1997:19 s. 133

⁸⁸ Datatilsynet (2011)

4.1.1.4 Tilbakekallelse av samtykke

Loven sier ingenting om adgangen til tilbakekall av samtykke. Kravet til frivillighet kan likevel kanskje tolkes slik at når frivillighet ikke lenger foreligger, vil ikke samtykkekravet være oppfylt og må dermed tilbakekalles. Forarbeidene forutsetter klart at et samtykke når som helst kan trekkes tilbake, med følgen at behandlinger som bygger på samtykket ikke lenger kan fortsette.⁸⁹ Juridisk teori forutsetter også at tilbakekallelse kan skje.⁹⁰ For arbeidstaker fører dette til en mulighet til å angre på sitt tidligere samtykke, og han vil dermed i større grad kunne beskytte sin egen person dersom han finner at behandlingen av opplysninger vil bli mer integritetskrenkende enn han hadde trodd. Behandling som allerede er gjort, før samtykket trekkes tilbake, vil imidlertid fremdeles være lovlig.⁹¹ Ettersom muligheten for tilbakekall vil være viktig for arbeidstakerens personvern, kunne det kanskje vært et fornuftig valg å lovfeste retten slik at det ikke vil være noen tvil om at arbeidstakeren har en slik rett.

4.1.1.5 Kollektivt samtykke

At samtykket er kollektivt vil si at det gis på vegne av flere personer. I pol. § 2 nr 7 er samtykke definert som en erklæring fra ”den registrerte”. Personopplysningsloven forutsetter altså at samtykket er avgitt individuelt. På arbeidsrettens område har imidlertid ulike organisasjoner, slik som fagforeninger, en fremtredende rolle og det kan derfor stillles spørsmål om disse har rett til å samtykke på vegne av arbeidstakeren?

Rekkevidden av et kollektivt samtykke er uavklart i norsk rett. Kollektive avtaler er imidlertid en så stor del av arbeidsretten at mye taler for at dette må tillegges betydelig vekt ved tolkingen av personopplysningsloven. Bakgrunnen for at kollektivt samtykke ikke er omhandlet i loven eller i personverndirektivet er at bestemmelsene er generelle, og har ikke hatt spesifikke områder ved arbeidslivet i tankene ved utformingen.⁹²

⁸⁹ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 104

⁹⁰ Schartum og Bygrave (2011) s. 163 og Johansen (2001) s. 78

⁹¹ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108

⁹² NOU 2004:5 s. 424

Forarbeidene forutsetter at samtykke kan gis av en som har fått fullmakt av den registrerte.⁹³ Et kollektivt samtykke er imidlertid ikke det samme som et alminnelig fullmaktsforhold. Ved kollektivt avtaler handler vedkommende organisasjon eller forening på vegne av medlemmene, og ut i fra det de mener er i den kollektive interesse.⁹⁴

Forarbeidene til personopplysningsloven uttaler at et kollektivt samtykke i utgangspunktet ikke vil tilfredstille kravet, med mindre omstendighetene rundt innmeldingen i organisasjonen gjør at innmeldingen i seg selv tilfredsstiller kravene i pol. § 2 nr. 7.⁹⁵ Det vil si at innmelding i organisasjonen må skje frivillig, og det kan ikke være noen tvil om at arbeidstakeren har gitt organisasjonen mulighet til å samtykke på vegne av seg selv. I tillegg må arbeidstakeren bli tydelig informert om at innmeldingen medfører behandling av personopplysninger og om hva organisasjonens samtykkekompetanse innebærer.⁹⁶ For at dette skal være frivillig for arbeidstakeren må han trolig ha mulighet til å melde seg ut fra organisasjonen når han ikke lenger ønsker at de skal ha samtykkekompetanse på hans vegne. Så lenge kravene i pol. § 2 nr. 7 er oppfylt taler dette for at organisasjoner har anledning til å samtykke på vegne av arbeidstakeren.

Bygrave og Schartum har skrevet en artikkel hvor de behandler adgangen til kollektivt samtykke. Der uttaler de at det er viktig at spørsmålet om medlemskap i organisasjonen og spørsmålet om overføring av samtykkekompetanse må holdes hver for seg, med andre ord kan ikke innmelding i organisasjonen være betinget av at samtykkekompetansen overføres. Videre uttaler de at det er viktig at hvert medlem får full informasjon om konsekvensene av et kollektivt samtykke før de overfører kompetansen og at overføringen er frivillig, med mulighet til å trekke samtykke tilbake.⁹⁷ At mange forsøker å unngå samtykke som behand-

⁹³ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 103

⁹⁴ Schartum og Bygrave (2011) s. 163

⁹⁵ NOU 1997:19 s. 133

⁹⁶ NOU 1997:19 s. 133

⁹⁷ Bygrave og Schartum (2009) s. 11

lingsgrunnlag, fordi det er dyrt og tidkrevende, vil også kunne tale for at kollektivt samtykke bør aksepteres. Forhandlinger med en organisasjon i stedet for flere ansatte vil være med på å kutte kostnadene og kan føre til at flere velger samtykke som behandlingsgrunnlag.⁹⁸

Artikkelen omhandler ikke arbeidslivet, men artikkelen viser at kollektivt samtykke burde aksepteres som rettslig grunnlag etter personopplysningsloven dersom vilkårene i pol. § 2 nr. 7 er oppfylt.

4.1.2 Lovhjemmel

Det er alltid adgang til å behandle personopplysninger dersom det finnes hjemmel for det i loven. Det følger av lex specialis-prinsippet at særbestemmelser kommer til anvendelse fremfor generelle bestemmelser. Personopplysningsloven er en generell lov, derfor vil spesielle bestemmelser som regulerer et særlig tilfelle gå foran. Det kreves ikke at hele behandlingen er regulert direkte i lov, det er nok at loven inneholder en hjemmel for å gi forskrift om en konkret behandling. Begrunnelsen for lovhjemmel som rettsgrunnlag er at det ikke skal oppstilles tilleggsvilkår for å behandle personopplysninger når Stortinget allerede har bestemt at behandlingen er nødvendig for å vareta viktige samfunnsinteresser.⁹⁹

Det må fremgå klart og tydelig av lovbestemmelsen at det er adgang til å behandle personopplysninger. I forarbeidene¹⁰⁰ uttaler Justisdepartementet at ”Hjemmelskravet er relativt, slik at det kreves klarere hjemmel jo større personvernmessige konsekvenser behandlingen kan få”. Særbestemmelsen må altså tolkes i hvert enkelt tilfelle for å finne ut om den kan anvendes som rettsgrunnlag.

4.1.3 Nødvendighetskriteriet

Dersom verken lov eller samtykke gir adgang til å behandle personopplysninger, er behandlingen bare tillatt dersom den er nødvendig for visse formål eller virkninger som er oppregnet i pol. § 8 bokstav a til f. Vilåorene i bestemmelsen er skjønnsmessige og det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle for å finne ut om vilåorene er oppfylt.

⁹⁸ Bygrave og Schartum (2009) s. 12

⁹⁹ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108

Vurderingen av nødvendighetskravet vil også kunne bli forskjellig ut i fra hva opplysningene skal brukes til. Det som er nødvendig for en innsamling av opplysninger trenger ikke være nødvendig for lagring eller utlevering av opplysningene.¹⁰¹

Hva som menes med «nødvendig» er imidlertid ikke helt klart. Det følger av EMDs praksis vedrørende nødvendighetsvilkåret at det må foreligge et påtrengende samfunnsmessig behov og inngrepet må være forholdsmessig ut i fra dets formål. Hva som er nødvendig vil variere etter omstendighetene, og kriteriet vil nok tolkes strengere jo mer sensitive personopplysningene er.¹⁰²

Når det gjelder arbeidsgiverens adgang til å behandle personopplysninger som fremkommer av et kontrolltiltak er særlig bokstav a og f relevante.¹⁰³

Bokstav a forutsetter at personopplysninger bare kan behandles dersom behandlingen er nødvendig for å oppfylle en avtale med den registrerte, eller for å utføre gjøremål før slik avtale inngås. På arbeidsrettens område kan det være snakk om opplysninger som må behandles for å oppfylle arbeidsavtalen. For eksempel kan det være nødvendig for arbeidsgiver å ta en rustest av arbeidstakeren, fordi i arbeidsavtalen har arbeidstakeren forpliktet seg til å holde seg rusfri. Dersom den ansatte nekter å avgi en test eller oppgi opplysninger kan det føre til at arbeidsavtalen ikke kan oppfylles.

Personopplysningsloven § 8 bokstav f gir rett til å behandle opplysninger når behandlingen er nødvendig for at den som opplysningene utleveres til kan ivareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen. Det må altså foretas en avveining mellom den behandlingsansvarliges eller tredjepersons ”berettigede interesse” i å gjennomføre behandlingen, mot den registrertes interesse i ikke å gjennomføre den for å beskytte sitt privatliv. Ut fra ordlyden i bestemmelsen kan det se ut til at simpel

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108

¹⁰² Schartum og Bygrave (2011) s. 165

¹⁰³ Kontroll og overvåking i arbeidslivet, underutvalgets rapport s. 42

interesseovervekt til fordel for behandlingsinteressen er nok.¹⁰⁴ Forarbeidene uttaler derimot at hensynet til privatlivets fred må tillegges betydelig vekt i avveiningen mot kommersielle interesser. Den registrertes ønske om ikke å gjennomføre behandlingen, bør også tillegges vesentlig vekt.¹⁰⁵ Det gis ingen eksempler, verken i lov eller forarbeider, på hva som er en slik ”berettiget interesse” at den overtiger den registrertes rett til personvern.

Etter departementets oppfatning taler likevel mye for at når vilkårene for å iverksette kontrolltiltak i aml. § 9-1 er oppfylt, vil arbeidsgiverens adgang til å behandle opplysninger etter pol. § 8 bokstav f også være det. Dersom kravet om saklig grunn er oppfylt, vil normalt også kravet om berettiget interesse være oppfylt. Videre når vilkåret om forholdsmessighet er oppfylt, vil det normalt innebære at hensynet til arbeidstakerens personvern ikke overstiger den berettigede interesse.¹⁰⁶

Personvernemnda har behandlet noen saker som omhandler § 8 bokstav f som hjemmelsgrunnlag.

I PVN 2004/03 hadde nemnda mottatt klage på Datatilsynets vedtak, om at Posten Norge AS ikke kunne forankre utleie av adresselister i pol. § 8 bokstav f. Den berettigede interessen hos Posten var kommersiell og forarbeidene¹⁰⁷ uttaler som sagt at hensynet til privatlivets fred skal tillegges betydelig vekt ved slike tilfeller. I vurderingen legger nemnda vekt på at den registrerte ikke registrerer seg frivillig i adresselistene og at det kreves aktiv handling dersom den registrerte ønsker å reservere seg. I utgangspunktet fremstår ikke utleie av adresselistene som særlig personvernkrekkende, da slike opplysninger ikke er sensitive. Nemnda kommer likevel etter en samlet vurdering, hvor de særlig vektlegger forarbeidene, til at hensynet til den enkeltes personvern overstiger Postens berettigede interesse. Det foreligger dermed ikke behandlingsgrunnlag etter pol. § 8 bokstav f.

¹⁰⁴ Støttes også av Schartum (2013) s. 52

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 109

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 109

I PVN 2009/14 kommer nemnda til motsatt resultat, i en klage på Datatilsynets vedtak om at Altinn må avslutte logging av fødselsnummer og IP-adresse. Behandlingsgrunnlag i pol. § 8 f anføres subsidiært av Altinn. Altinns berettigede interesse i behandlingen er for sikkerhetsformål, særlig å ivareta brukernes interesse og sikkerhet i forhold til ID-tyveri. Nemnda legger vekt på at Altinns behandling av IP-adresser gjøres kun for å verifisere opplysninger som brukeren har gitt selv. Nemnda mener at denne type behandling ikke øker personverntrusselen i noen vesentlig grad i denne saken og legger vekt på at bare politiet har tilgang, andre må ha rettslig kjennelse for å få vite hvem som skjuler seg bak IP-adressen. Etter en samlet vurdering kommer nemnda frem til at personvernulempen ved denne behandlingen må anses som beskjeden, og behandlingen kan dermed hjemles i pol. § 8 bokstav f.

Avgjørelsene viser at vurderingen må foretas konkret i hver sak, men at personverninteressene vil tillegges vesentlig vekt. Det fremstår som klart at personvern hensyn i alle fall vil overstige kommersielle interesser, men at behandlingen vil tillates så lenge personverntrusselen ikke er stor for arbeidstakeren.

Ettersom det er den behandlingsansvarlige selv som skal vurdere om det foreligger tilstrekkelig rettslig grunnlag, kan han få problemer med å avgjøre om hans egen interesse i å behandle opplysningene veier tyngre enn hensynet til den registrertes personvern.¹⁰⁸ Det kan være fare for at mange behandlingsansvarlige har ulike synspunkter på hva som er å anse som ”nødvendig” og at begrepet blir tolket meget vidt i den behandlingsansvarliges interesse. Det vil derfor være i den registrertes interesse at den behandlingsansvarlige rådfører seg med Datatilsynet når han skal fastsette om det foreligger rettslig grunnlag for å behandle opplysningene. Etter pol. § 42 tredje ledd nr. 6 har Datatilsynet et særlig ansvar for å gi råd og veiledning om den interesseavveiningen som må foretas. Bestemmelsen sier at Datatilsynet ”skal” gi råd og veiledning, i spørsmål om personvern og sikring av personopplys-

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 109

ninger, til den behandlingsansvarlige. Dette vil dermed være med på å sikre at behandlingen blir tilfredsstillende.

4.1.4 Kan det oppstilles en prioritetsrekkefølge for vilkårene?

Det er klart at dersom det foreligger en klar og uttrykkelig lovhjemmel for behandling av personopplysninger vil denne gå foran som rettslig grunnlag. Men hva som skal prioriteres av samtykke og nødvendighetskriteriene gir loven ingen anføringer om. Ordlyden taler for å anse de ulike grunnlag som likestilte, i og med at bestemmelsen bruker ordet ”eller” når den ramser opp grunnlagene.

Forarbeidene uttaler derimot at samtykke er å foretrekke som rettslig grunnlag til å behandle personopplysninger, selv om behandlingen kan hjemles i en av grunnlagene som oppstilles i pol. § 8 bokstav a-f. Samtykke styrker den registrertes muligheter til å bestemme over opplysninger om seg selv, og man vil unngå tvil om man har vurdert de skjønnsmessige vilkårene i bokstav a-f riktig.¹⁰⁹ Det er imidlertid verdt å nevne at forarbeidene kun sier at behandling av personopplysninger ”bør” baseres på samtykke, de oppstiller ingen plikt for arbeidsgiver til å prioritere dette som rettslig grunnlag.

Johansen, Kaspersen og Skullerud betegner samtykke og lovhjemmel som hovedregelen, mens de betegner nødvendighetskriteriene som alternative vilkår.¹¹⁰ De drøfter imidlertid ikke nærmere hvorfor de tar et slikt standpunkt, de uttaler bare at dette er lovgivers intensjon.¹¹¹ Utalelsene tilfører dermed drøftelsen lite annet enn det som allerede følger av forarbeidene. Schartum og Bygrave uttaler at samtykkealternativet fremstår som det mest sentrale.¹¹² Videre argumenterer de for samtykke som hovedgrunnlag, da flere av nødvendighetskriteriene er så vagt formulert at de kan sies å passe i de fleste situasjoner.¹¹³ Dersom behandling tillates etter de vagt formulerte kriteriene, vil hensynet til arbeidstakerens

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108

¹¹⁰ Johansen (2001) s. 97 og 100

¹¹¹ Johansen (2001) s. 97

¹¹² Schartum og Bygrave (2011) s. 161

¹¹³ Schartum og Bygrave (2011) s. 166

personvern tillegges liten vekt. Jeg har imidlertid ikke funnet støtte for denne teorien i andre kilder, og det vil dermed være usikkert om den kan gjøres gjeldende. Uttalelsene vil imidlertid gi støtte til at samtykke oppstilles som et utgangspunkt.

Personvernnemnda har i klagesak 2004/01 uttalt at hovedprinsippet etter pol. § 8 er samtykke, men påpeker at prinsippet kan avvikes. Med dette mener nemnda at alternativet med nødvendighetsbegrunnelser ikke er likestilt med samtykke og den behandlingsansvarlige vil dermed ikke stå fritt til å velge et av vilkårene i bokstav a-f, bare fordi det fremstår som mer lettvint. Nemnda uttaler videre at det må foreligge en begrunnelse for å avvike hovedprinsippet, og den kan ikke bygge på at et nødvendighetsvilkår er valgt for å unngå kostnader eller spare tid. Personvernnemnda har her satt en nedre grense for når samtykke kan settes til side som rettslig grunnlag. Det fremgår ikke av personvernnemndas uttalelser hva som tilfredsstiller kravet til begrunnelse, bare at hver sak må vurderes konkret.

Personvernnemnda kom frem til at samtykke måtte anses som hovedregel på bakgrunn av forarbeidene og helseregisterloven § 5, som uttalte at den behandlingsansvarlige har plikt til først å forsøke å innhente samtykke. At en særlov og forarbeidene, som kun uttaler at samtykke ”bør” prioriteres, er begrunnelsen for at personvernnemnda oppstiller samtykke som hovedregel synes å være et noe tynt grunnlag.

I PVN 2012/01 ga imidlertid nemnda uttrykk for at de har snudd i synet på samtykke som hovedregel. Nemnda bemerket at en naturlig språklig forståelse av ordlyden i pol § 8 tilsa at de ulike behandlingsgrunnlagene skulle behandles som likeverdige. Men nemnda påpeker at samtykke vil være det mest aktuelle behandlingsgrunnlag i det store antall saker fordi de øvrige behandlingsgrunnlag fremstår med et snevrere anvendelsesområde.

Personvernnemnda er et faglig uavhengig forvaltningsorgan som behandler klager på vedtak fattet av Datatilsynet.¹¹⁴ Hvor mye vekt som skal legges på forvaltningsorganers praksis må avgjøres konkret i hver sak. Hvor fast, varig og utbredt organets praksis er vil være

¹¹⁴ Jf. Personopplysningsloven § 43

momenter av betydning, og det skal også legges vekt på hvordan vedkommende praksis vurderes av andre rettsanvendere.¹¹⁵ Domstolene vil ikke føle seg bundet av forvaltningspraksis, men kan ofte legge en viss vekt på den.¹¹⁶ Arbeidslivslovutvalget uttalte i sin utredning¹¹⁷ at praksis fra tilsynsorganene vil stå sentralt, når en skal forstå reglene om kontrolltiltak i arbeidslivet i sammenheng med vilkårene for behandling av personopplysninger etter personopplysningsloven.

Nemnda gir ingen begrunnelse for hvorfor de etter åtte år avviker sin egen praksis, men viser til Personverndirektivet artikkel 7 og en artikkel av Peter Blume som kritiserer nemndas praksis for å ha lagt for stor vekt på samtykket som behandlingsgrunnlag.

Dersom man velger å følge personvernemndas nye praksis vil man ikke lenger trenge en begrunnelse for å velge bort samtykke som behandlingsgrunnlag. Den behandlingsansvarlige vil da i stedet kunne velge å bygge på en av nødvendighetsgrunnene. Dette vil kanskje være uheldig ettersom personopplysningsloven bygger på prinsippet om selvbestemmelsesrett, og forarbeidene også uttaler at behandlingen i størst mulig grad bør baseres på samtykke. Ingen av sakene jeg har omtalt omhandler imidlertid arbeidslivet. Hvordan nemnda ville ha konkludert i en arbeidsrettslig sak er dermed usikkert. Som nevnt vil det i noen tilfeller være tvilsomt om et samtykke virkelig er avgitt frivillig fra arbeidstaker, og dermed vil det være usikkert om det vil kunne anvendes som rettslig grunnlag. Ettersom ordlyden i loven taler for at det ikke foreligger noe grunnlag med høyere prioritet, og forarbeidene kun sier at det ”bør” legges vekt på samtykket konkluderer jeg med at alle grunnlag har like stor prioritet.

Ulik praksis for hvordan vilkårene i § 8 skal forstås fører imidlertid til stor usikkerhet for de behandlingsansvarlige, og arbeidstakerne får heller ingen god mulighet til å forutbereg-

¹¹⁵ Eckhoff (2001) s. 217

¹¹⁶ Eckhoff (2001) s. 233

¹¹⁷ NOU 2004:5 s. 434

ne sin rettsstilling. Vernet av den enkelte arbeidstaker vil også bli svekket dersom vilkårene praktiseres ulikt fra sak til sak.

4.2 Grunnkrav til behandling av personopplysninger

For å kunne behandle personopplysninger oppstiller personopplysningsloven § 11 fem kumulative vilkår som alle må være oppfylt for at behandlingen skal være lovlig. Bestemmelsen stiller krav til formålet med, og kvaliteten på opplysningene.

4.2.1 Behandlingsgrunnlag

Det må for det første foreligge et behandlingsgrunnlag etter pol. § 8, og § 9 hvis det er snakk om sensitive opplysninger. Se drøftelsen under punkt 4.1 for å se hva som kan være behandlingsgrunnlag.

4.2.2 Formål

Det er ulovlig å behandle personopplysninger dersom det på forhånd ikke er fastsatt til hvilket formål opplysningene skal brukes, og formålet må dessuten være saklig begrunnet i virksomheten til arbeidsgiver.¹¹⁸ Dette vilkåret har nær sammenheng med vilkåret i bokstav c, som sier at opplysninger ikke kan benyttes senere til formål som er uforenlige med det opprinnelige. Formålet med behandlingen må derfor fremgå uttrykkelig klart, slik at det er mulig å fastslå hva som er samme formål og hva som er et annet formål enn det opprinnelige.¹¹⁹ I uttrykkelighetskravet ligger et krav om at den behandlingsansvarlige må fastsette et formål som er tilstrekkelig konkret og avgrenset, slik at det skaper åpenhet og klarhet om hva behandlingen skal tjene til. Generelle og vage beskrivelser som ”administrative oppgaver” eller ”komersiell bruk” vil ikke være presise nok til å tilfredstille kravet.¹²⁰

¹¹⁸ Schartum og Bygrave (2011) s. 167

¹¹⁹ Johansen (2001) s. 116

¹²⁰ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 113-114

At formålet må være saklig begrunnet i virksomheten vil si at formålet må ha en nær og naturlig sammenheng med det den aktuelle bedriften driver med. En lege kan for eksempel ikke registrere økonomiske opplysninger i den hensikt å foreta en kredittvurdering av sine pasienter, da en kredittvurdering av pasienter neppe vil være i nær og naturlig sammenheng med driften av en legepraksis.¹²¹ Loven setter imidlertid ingen grenser for etablering av ny virksomhet.¹²² Dersom formålet med behandlingen endres må man imidlertid forsikre seg om at det nye formålet ligger innenfor rammene av § 11 bokstav c.

Når den ansattes personvern står i fare for å bli krenket vil det være desto viktigere at formålet med behandlingen er klart og tydelig angitt, slik at den ansatte vil kunne kreve sine rettigheter. Jo mer sensitive opplysningene er og jo større konsekvenser opplysningene kan få, jo viktigere er det å ha en klar og tydelig avgrensning av formålet.¹²³

4.2.3 Bruk til andre formål enn det opprinnelige

For det tredje må ikke personopplysninger brukes til andre formål som er uforenlig med det opprinnelige fastsatte formålet. Vi taler her om gjenbruk av personopplysninger. Det kan ikke oppstilles generelle regler for hva som regnes som uforenlige formål. Spørsmålet må vurderes konkret og individuelt. Det følger av forarbeidene hvilke momenter som skal vektlegges i vurderingen. Det må vurderes om bruk av opplysningene innebærer ulemper for den registrerte, om bruken skiller seg sterkt fra den som lå til grunn for innsamlingen, eller om bruken stiller strengere krav til datakvalitet enn det opprinnelige innsamlingsformålet. Forarbeidene nevner videre at bruk av opplysninger til kontrollformål ofte vil være uforenlig med innsamlingsformålet, og presiserer at dette særlig gjelder når kontrollen ikke er en naturlig del av den virksomhet som den behandlingsansvarlige driver, eller når ubehaget for den registrerte ikke står i rimelig forhold til fordelene kontrolløren oppnår.¹²⁴ Vil derfor arbeidsgiver bruke opplysningene han har samlet inn til et nytt formål, må han enten innhente opplysningene på nytt med en klar angivelse av det nye formålet eller han må inn-

¹²¹ Johansen (2001) s. 117

¹²² Schartum og Bygrave (2011) s. 167

¹²³ NOU 1997:19 s. 137

¹²⁴ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 113

hente den ansattes samtykke til å bruke de allerede innsamlede opplysningene til et nytt formål.

Vilkåret i bokstav c vil som regel være oppfylt så lenge det nye formålet svarer til rimelige forventninger de registrerte har til hva opplysningene vil kunne brukes til.¹²⁵

Personvernkommisjonen uttaler at generell overvåking i arbeidslivet vil oppfattes som en belastning av de fleste. Dersom opplysningene som blir innhentet i tillegg blir brukt til andre formål enn det som opprinnelig var tiltenkt, og som man ikke har fått informasjon om, vil dette øke belastningen og følelsen av overtramp mot den personlige integritet.¹²⁶

4.2.4 Tilstrekkelige og relevante

Det stilles videre krav om at opplysningene som behandles skal være tilstrekkelige og relevante ut fra det angitte formålet. Tilstrekkelighetskravet innebærer at ”opplysningene må være så fullstendig som behandlingsformålet krever”.¹²⁷ Det vil si et krav om at opplysningene skal være utfyllende og detaljerte slik at de gir et riktig bilde av den opplysningene omhandler. At opplysningene skal være relevante vil si at unødvendige og overflødige opplysninger skal holdes utenfor. Relevanskravet markerer dermed en ytre grense for hvilke personopplysninger som kan tas med i behandlingen.¹²⁸

4.2.5 Korrekte og oppdaterte

Til slutt oppstilles et vilkår om at opplysningene skal være korrekte og oppdaterte, samt at de ikke skal lagres lenger enn nødvendig ut fra behandlingsformålet. Det er den behandlingsansvarlige som på eget initiativ må vurdere om opplysningene er korrekte, oppdaterte og nødvendige. Han skal ikke vente på at den registrerte reagerer.

¹²⁵ Schartum og Bygrave (2011) s. 167

¹²⁶ NOU 2009:1 s. 22

¹²⁷ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 114

¹²⁸ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 114

At opplysningene skal være korrekte vil i utgangspunktet si at de skal være feilfrie, men en kan neppe stille et absolutt krav om feilfrihet. Hvor korrekte opplysningene må være må vurderes opp mot formålet med behandlingen.¹²⁹

4.3 Forholdet mellom personopplysningsloven §§ 8 og 11

Personopplysningsloven § 11 bokstav a, sier at personopplysninger bare kan behandles når det foreligger rettslig grunnlag etter §§ 8 og 9. Videre oppstiller bestemmelsen tilleggsvilkår for behandling av opplysninger i bestemmelsens bokstav b til e. Ordlyden taler dermed for at både § 8 og § 11 må være oppfylt for at personopplysninger skal kunne behandles.

Utvalgets utredning i NOU 1997:19 foreslo opprinnelig en annen bestemmelse som ga adgang til å behandle opplysninger til nye formål. Dersom det forelå samtykke, lovhjemmel eller dersom den nye behandlingen medførte en klar overvekt av fordeler enn ulemper, og den nye behandlingen ikke var uforenlig med det opprinnelige formålet kunne opplysningene behandles.¹³⁰ Flere ga imidlertid uttrykk for at en slik bestemmelse ville bli vanskelig å praktisere, og departementet foreslo i Ot.prp. nr 92 en bestemmelse som i større grad samsvarte med personverndirektivet artikkel 6. Departementet ga her uttrykk for at det er et særskilt vilkår at det nye formålet ikke må være uforenlig med det opprinnelige formålet for behandlingen. Og uttalte videre at ”kravet om forenlighet innebærer at det til tross for at det nye formålet er hjemlet i § 8, kan være slik at de innsamlede opplysningene likevel ikke kan brukes for dette formålet.”¹³¹ Departementet gir her uttrykk at § 11 bokstav c anses som et tilleggskrav til § 8.

¹²⁹ Schartum og Bygrave (2011) s. 169-170

¹³⁰ NOU 1997:19 s. 138

¹³¹ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 113

Forholdet mellom pol. §§ 8 og 11 behandles i Rt-2013-143, "Avfallsservicesaken". Dommen som ble avsagt den 31.januar 2013 er av stor prinsipiell betydning, da den er en av de første avgjørelsene hvor Høyesterett foretar en inngående tolkning av sentrale bestemmelser i personopplysningsloven.

Dommen gjaldt en sjåfør som ble oppsagt i jobben hos Avfallsservice AS på grunn av avvik mellom timelistene hans og bilens elektroniske logg. Spørsmålet i saken var om sjåføren hadde krav på oppreisningserstatning etter pol. § 49. Bestemmelsen gir krav på erstatning dersom personopplysninger er behandlet i strid med noen av lovens bestemmelser. Ved vurderingen av dette spørsmålet måtte Høyesterett ta stilling til om forbudet i pol. § 11 bokstav c, om å bruke personopplysninger til andre formål enn det opprinnelig angitte formålet, var brutt.

Høyesterett flertall, på fire dommere, kom til at Avfallsservice bruk av opplysninger var i strid med personopplysningsloven, men fant at krenkelsen ikke var grov nok til at sjåføren hadde krav på erstatning. Mindretallet, på én dommer, kom også til at sjåføren ikke hadde krav på erstatning, men på et annet grunnlag. Han konkluderte med at Avfallsservice AS hadde hjemmel i personopplysningsloven til å foreta kontrollen.

Avfallsservice AS hadde installert et GPS-system i alle sine renovasjonsbiler. GPS-systemet var et administrasjons-, navigasjons- og rapporteringsverktøy, og ble brukt både til å finne hvilken vei sjåføren skulle kjøre, og til å rapportere til selskapet. Sjåførene skulle selv rapportere til selskapet hvordan hver enkelt søppeldunk ble håndtert, om den ble tømt eller ikke tømt, og eventuelt hvorfor den ikke ble tømt. Selskapet kunne derfor sjekke når sjåførene hadde vært ved de ulike tømmingspunktene og hvor lang tid de hadde brukt mellom hvert tømmingspunkt på kjøreruten.

Bakgrunnen for saken var at Avfallsservice AS hadde mistanke om at sjåføren tok lange pauser, og dermed fikk urettmessig overtidsbetaling. Ledelsen sammenholdt derfor de loggførte rapportene med timelistene til den ansatte for å avdekke mulige brudd på arbeids-

pplikter. Sjøføren ble dermed oppsagt på grunn av opplysninger som kom frem av kontrollen.

Det opprinnelige formålet med GPS-systemet var å bedre administrasjonen og driften av selskapets oppgaver, herunder innarbeidelse av arbeidsplaner og kartlegging og normering av tidsforbruken på rutene.¹³² I informasjonen de ansatte fikk, før systemet ble innført, var det ikke opplyst om at systemet kunne bli brukt til kontrollformål. Spørsmålet var derfor om dette formålet var uforenlig med det opprinnelige. Den nye bruken av opplysningene innebar utvilsomt en ulempe for sjøføren, i og med at den nye bruken førte til at hans brudd på arbeidspliktene ble avslørt. På den annen side var opplysningene i loggen utelukkende knyttet til hans arbeidsoppgaver, og var ikke informasjon av privat eller personlig karakter.

Det er klart at bruk av opplysningene til generell kontroll lå utenfor hans rimelige forventninger om hva opplysningene kunne brukes til. Mer tvilsomt er det om han hadde tilsvarende forventninger om at opplysningene ikke skulle brukes til å undersøke konkrete mistanker. Høyesterett legger imidlertid vekt på hensynet til tillit i arbeidsforhold som tilsier at en arbeidstaker bare kan forvente at personopplysninger blir brukt til kontrollformål dersom han har fått uttrykkelig informasjon om dette på forhånd. I denne saken ble det ikke gitt slik informasjon, og sjøføren kunne derfor ikke regne med at opplysningene ble brukt til kontrollformål.

Høyesterett viser i sin drøftelse at det ikke er helt klart at Avfallsservice AS brukte personopplysningene til et formål som var uforenlig med det opprinnelige formålet. Flertallet konkluderer likevel med at alle momenter samlet sett trekker i retning av at bruk av opplysningene til kontroll er i strid med bestemmelsen i pol. § 11 bokstav c.

Dommer Noer, som representerer mindretallet, er enig med flertallet i saken i at formålet med den nye behandlingen var uforenlig med det opprinnelige formålet.¹³³ Han finner

¹³² Rt.2013 s.143 avsnitt 43

¹³³ Rt. 2013 s.143 avsnitt 100

imidlertid at arbeidsgiver hadde hjemmel i personopplysningsloven § 8 bokstav f til å kontrollere loggen, da han i likhet med tingretten, lagmannsretten og forvaltningsorganene konkluderer med at § 8 kan brukes som alternativ hjemmel for gjenbruk av personopplysninger til nye formål.

Både tingretten og lagmannsretten la altså til grunn at §§ 8 og 11 kan brukes som alternative hjemler for gjenbruk av personopplysninger til nye formål. Oppfatningen var at dersom behandlingen ikke var godkjent etter § 11 bokstav c, kunne den likevel være hjemlet i § 8 bokstav f. Dette ble også støttet av Datatilsynets og Personvernemndas praksis. I PVN 2004-03 uttalte nemnda at ”bestemmelsen om gjenbruk må ses på som en lemping av kravene i personopplysningsloven § 8 og § 9. Når vilkårene for anvendelse av denne mer lempelige bestemmelsen ikke er oppfylt, må man falle tilbake til lovens hovedregel og vurdere om kravene er oppfylt etter personopplysningsloven § 8.”¹³⁴

Høyesterett sier at forholdet mellom § 8 og § 11 ikke er helt enkelt å få tak i.¹³⁵ Men kommer frem til at de er uenig med tingrettens og lagmannsrettens tolkning. De peker på at en slik tolkning innebærer at § 11 bokstav c får liten selvstendig betydning.¹³⁶ Og videre at ordlyden i § 11 bokstav a og forarbeidene¹³⁷ taler for at både vilkårene i §§ 8 og 9 og vilkåret i § 11 må være oppfylt for å kunne bruke allerede innsamlede opplysninger til et annet formål enn det opprinnelige.

Høyesteretts lovforståelse i saken innebærer en innstramming av det såkalte ”formålsbestemthetsprinsippet”. Prinsippet forutsetter at personopplysninger skal behandles til uttrykkelig angitte og legitime formål, og kun brukes i samsvar med disse formål.¹³⁸ Formålsbestemthetsprinsippet er uttrykt i pol. § 11 bokstav c og Høyesterett legger til grunn at be-

¹³⁴ Rt. 2013 s. 143 avsnitt 45

¹³⁵ Rt. 2013 s. 143 avsnitt 45

¹³⁶ Rt. 2013 s. 143 avsnitt 47

¹³⁷ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s 112-113

¹³⁸ Schartum og Bygrave (2011) s. 101

stemmelsen skal tolkes som et tilleggskrav til pol. §§ 8 og 9. Dette innebærer at dersom opplysningene skal brukes til nye formål krever dette samtykke fra den registrerte.

I den danske versjonen av personverndirektivet artikkel 6 står det at personopplysninger ”skal innsamles til uttrykkelig angivne og legitime formål, samt at senere behandling heraf ikke må være uforenelig med disse formål”.¹³⁹ Ordlyden taler for at ny behandling må være forenlig med det opprinnelige behandlingsformålet, og samsvarer dermed med Høyesteretts forståelse i Avfallsservicesaken.

Juridisk teori er også enig i lovforståelsen. Wiik Johansen med flere, uttaler om § 11 bokstav c at ”vilkåret innebærer at selv om en behandling er lovlig etter § 8 og eventuelt § 9, kan den likevel være i strid med § 11 fordi sammenhengen mellom innsamlingsformålet og det nye formålet er for fjern.”¹⁴⁰

Loven, forarbeidene, internasjonal rett og juridisk teori støtter Høyesteretts lovforståelse i saken. Konklusjonen må dermed bli at vilkårene i både pol. §§ 8 og 11, må oppfylles før opplysningene kan behandles.

¹³⁹ Direktiv 95/46/EF

¹⁴⁰ Johansen (2001) s. 118

5 Vurdering av personvernet

5.1 Gir reglene i arbeidsmiljøloven tilstrekkelig beskyttelse av arbeidstakerens personvern?

Arbeidsgiverens kontrolladgang var ikke spesifikt lovregulert før arbeidsmiljøloven kapittel 9 kom inn i loven i 2005. Uten klar og tydelig lovgivning vil arbeidstakerens personvern svekkes. Lovfesting av reglene i aml. § 9-1 har gjort vernet bedre ved at vilkårene for kontrolladgangen er gjort mer tilgjengelig. Spørsmålet vil imidlertid være om de lovfestede reglene gir tilstrekkelig beskyttelse av arbeidstakeren?

Aml. § 9-1 stiller krav om en vurdering av kontrolltiltakets saklighet og forholdsmessighet. Vilkåret om ”saklig grunn” er svært skjønnsmessig, og det vil bli vanskelig å vurdere hvilke kontrolltiltak som oppfyller vilkåret. Forarbeidene oppstiller en rekke momenter som skal inngå i saklighetsvurderingen, men listen er ikke uttømmende.¹⁴¹ Et slikt skjønnsmessig vilkår fører til uforutsigbarhet, både for arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidsgiver vil for eksempel være usikker på om tiltaket vil være saklig begrunnet i virksomheten, men velger likevel å innføre kontrolltiltaket, og med det ta risikoen for at det kanskje vil være ulovlig. Arbeidstaker vil på den annen side være redd for å gå til sak mot arbeidsgiver når vilkåret er så skjønnsmessig, fordi han ikke vet om han har grunnlag for å gå til sak. Det kan dermed bli iverksatt mange kontrolltiltak uten at de har saklig grunn i virksomheten, og arbeidstakeren vil kunne oppleve å bli utsatt for inngripende kontroll.

Videre vil vilkåret om forholdsmessighet skape større uklarhet i bestemmelsen, da det vil være to skjønnsmessige vilkår som må oppfylles før arbeidsgiver kan iverksette kontrollen. Ved denne vurderingen stiller forarbeidene også opp en liste av momenter, som ikke forutsettes å være uttømmende. Forarbeidene sier heller ikke noe om hvilken vekt de ulike mo-

¹⁴¹ Se punkt 3.3.1.1

mentene skal tillegges.¹⁴² Arbeidsgiver vil kunne ha vanskeligheter med å forholde seg til et begrep som ”forholdsmessig”. Et tiltak arbeidsgiveren anser for å være lite inngripende vil kunne oppleves som krenkende av arbeidstakeren. Bestemmelsen fremstår som uklar, og dermed som et svakt vern for arbeidstakeren.

Det er imidlertid ikke mulig å unngå at en slik bestemmelse har et skjønnsmessig preg. Arbeidsmiljøloven er tilpasset flere yrker og mange ulike kontrolltiltak, og bestemmelsen må innebære en skjønnsvurdering dersom den skal passe til flere ulike situasjoner. Skulle bestemmelsen regulert alle typer av kontrolltiltak som arbeidsgiver kan iverksette, ville lovgiver fått en umulig oppgave. Slik samfunnet er i dag, med mange ulike former for teknologi og fortsatt utvikling av ny teknologi, er vi avhengig av å ha en lov med dynamisk preg som kan holde tritt med samfunnsutviklingen. Bestemmelsen ivaretar både arbeidsgiverens og arbeidstakerens behov så godt den kan, og vernet av arbeidstakeren blir satt i fokus ved at adgangen til kontroll er ulovlig dersom kontrollen fremstår som uforholdsmessig overfor han. Bestemmelsen er også med på å begrense arbeidsgiverens styringsrett, slik at arbeidsgiver ikke vil kunne iverksette kontrolltiltak uten å ta hensyn til arbeidstakeren. Konklusjonen er at bestemmelsen i aml. § 9-1 ivaretar en tilstrekkelig beskyttelse av arbeidstakeren.

Det neste spørsmålet er om aml. § 9-2 gir tilstrekkelig beskyttelse av arbeidstakeren?

Bestemmelsen er å anse som en ordensforskrift, som innebærer at unnlatt drøftelse eller informasjon i seg selv ikke innebærer at kontrolltiltaket er ulovlig. Brudd på bestemmelsen vil likevel være et moment ved saklighetsvurderingen.¹⁴³ Regelen sørger for at ansatte får mulighet til å komme med innspill, både før kontrollen iverksettes og ved evaluering etterpå. Informasjon om kontrolltiltaket vil også gi de ansatte mulighet til å innrette seg og forberede seg på kontrollen, slik at de kan unngå at kontrollen medfører krenkende inngrep overfor dem. Arbeidstakeren vil altså få mulighet til å medvirke ved kontrollen og vil da kunne være med på å sikre at hans personlige integritet blir ivaretatt. Ettersom bestemmel-

¹⁴² Se punkt 3.3.1.2

¹⁴³ Se punkt 3.3.2.2

sen ikke er gjort til et vilkår for kontrollens lovlighet, vil likevel vernet av arbeidstakeren fremstå som svakt. Domstolene har imidlertid behandlet bestemmelsen i flere saker og tillagt den vekt ved interesseavveiningen. I RG-2007-855, ”Tinekjennelsen”, uttaler lagmannsretten at aml. § 9-2 er av betydning for den konkrete rekkevidden av § 9-1. Rt-2013-143, ”Avfallsservicesaken”, er et annet eksempel, hvor Høyesterett la vekt på at kontrolltiltaket ikke hadde vært drøftet eller informert til de ansatte. Høyesterett uttalte videre at fremtidig bruk av rapporteringssystemet, til kontrollformål, kunne være lovlig ”forutsatt at gjeldende saksbehandlingsregler ble fulgt, herunder at det ble gitt dekkende informasjon til de ansatte om formålet.”¹⁴⁴ I RG-2010-310, ”Apotekteknikerdommen”, fant lagmannsretten det sannsynlig at § 9-2 var fulgt, og konkluderte med at kontrollen var lovlig. Hadde ikke saksbehandlingsreglene vært fulgt, kunne imidlertid resultatet blitt annerledes. Domstolens praksis viser at saksbehandlingsreglene er med på å beskytte arbeidstakerens personvern. I tillegg viser også EMDs praksis¹⁴⁵ at kravet til informasjon tillegges vekt. Dersom arbeidstaker ikke får informasjon om at kontrolltiltaket er iverksatt, vil kontrollen være et brudd på retten til privatliv.

En samlet vurdering taler for at § 9-2 gir et tilstrekkelig vern av arbeidstakeren.

5.2 Gir reglene i personopplysningsloven tilstrekkelig beskyttelse av arbeidstakerens personvern?

Det første spørsmålet er om pol. § 8 i tilstrekkelig grad beskytter arbeidstakerens personvern?

Ved samtykke vil en person selv kunne bestemme hvilke personopplysninger han tillater andre å behandle, og hvilke opplysninger han ønsker å unndra behandling. Han vil dermed i stor grad kunne beskytte seg selv. Samtykke kan imidlertid være problematisk i arbeids-

¹⁴⁴ Dommens avsnitt 66

¹⁴⁵ Copland mot Storbritannia (dom 3.4.2007) og Halford mot Storbritannia (dom 25.6.1997)

forhold, da det kan være tvil om samtykket er avgitt frivillig.¹⁴⁶ Å se bort fra samtykke som behandlingsgrunnlag i arbeidsforhold, bare fordi det vil være tvil om kravet til frivillighet er oppfylt, vil imidlertid ikke være en god løsning. Dersom arbeidstakeren må velge en av de andre behandlingsgrunnlagene i bestemmelsen, vil han ikke ha noen innflytelse på hvilke opplysninger som blir behandlet. Samtykke vil kunne beskytte arbeidstakerens personvern, men dersom han føler seg tvunget til å samtykke vil ikke dette grunnlaget ivareta vernet.

Et mulig alternativ i arbeidsrett vil være å bygge på et kollektivt samtykke. En organisasjon som opptrer på arbeidstakerens vegne vil ikke føle seg presset til å samtykke, men vil heller presse arbeidsgiveren til å ivareta personvern hensyn. Det må imidlertid stilles krav til overføring av samtykkekompetansen til en organisasjon, slik at det ikke vil være tvil om at arbeidstakeren frivillig har gitt organisasjonen denne kompetansen.¹⁴⁷ Reelle hensyn og uttalelser i forarbeidene vil likevel kunne tale for at særlig inngripende kontrolltiltak må forankres i et individuelt samtykke.¹⁴⁸ Så lenge det ikke er noen tvil om at kravene i pol. § 2 nr. 7 er oppfylt, vil både individuelt og kollektivt samtykke kunne anvendes som behandlingsgrunnlag i arbeidsforhold.

Personopplysningsloven er generell og ikke utarbeidet med tanke på de spesielle forhold som foreligger i arbeidslivet. I arbeidslivet er kollektive avtaler og medlemskap i fagforeninger en stor del av hverdagen, og man kan derfor diskutere om reglene bør tilpasses arbeidsretten slik at det blir klart om et kollektivt samtykke er gyldig som rettslig grunnlag.

Dersom behandlingen bygger på en av nødvendighetsgrunnene i bokstav a-f kreves det en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.¹⁴⁹ Om behandlingen er ”nødvendig” vil være en svært skjønnsmessig avveining. Hvilke opplysninger som er ”nødvendige” vil kunne være

¹⁴⁶ Se punkt 4.1.1

¹⁴⁷ Bygrave og Schartum (2009) s. 11

¹⁴⁸ NOU 2004:5 s. 413

¹⁴⁹ Se punkt 4.1.3

vanskelig å vurdere og vil dermed kanskje føre til at opplysninger som kan holdes utenfor, likevel behandles.

Etter bestemmelsens bokstav a vil arbeidsgiveren lovlig kunne behandle alle opplysninger som er nødvendig for å oppfylle arbeidsavtalen. Hvilke opplysninger som kan behandles vil dermed være avhengig av innholdet i avtalen, og arbeidstakerens personvern blir ivaretatt i den grad han har samtykket til vilkårene denne oppstiller. Her vil det imidlertid også oppstå tvil om arbeidstakeren har følt seg presset til å oppfylle avtalen, og om han har fått god nok informasjon om hva avtalen innebærer. Vurderingen vil derfor ha flere av de samme elementene som vurderingen for samtykke.

Om pol. § 8 bokstav f ivaretar personvernet vil bero på mange av de samme hensynene som er omtalt under forholdsmessighetsvurderingen. I dette vilkåret ligger også en avveining mellom den behandlingsansvarliges (arbeidsgiverens) interesse, og hensynet til den registrertes (arbeidstakerens) personvern. Bestemmelsen er svært skjønnsmessig, og det vil være usikkert hvilket resultat den behandlingsansvarlige vil komme frem til. Mens ordlyden i bestemmelsen ser ut til å stille opp et svakt vern, ved bare å kreve simpel interesseovervekt, ser forarbeidene ut til å ta hensyn til personvernet.¹⁵⁰ For at arbeidstakeren skal oppnå tilstrekkelig beskyttelse burde det imidlertid vært uttrykt klart og tydelig i lovbestemmelsen at hensynet til den registrerte må veie tungt. Forarbeidene er mindre tilgjengelig for folk flest, og tolkingen blir først og fremst basert på hva bestemmelsen sier.

At det er den behandlingsansvarlige som skal foreta vurderingen av om opplysningene skal behandles eller ikke, vil også gi arbeidstakeren et dårligere vern. Det er jo i den behandlingsansvarliges interesse å behandle opplysningene, og det vil kanskje dermed være lettere for han å se hensyn som taler til hans fordel, enn de som taler i mot. At Datatilsynet kan gi råd og veiledning til den behandlingsansvarlige, og i tillegg kontrollere i ettertid om handlingen er i samsvar med loven¹⁵¹, vil tale for at personvernet ivaretas.

¹⁵⁰ Se punkt 4.1.3

¹⁵¹ jf. pol. §§ 42 og 46

Etter en helhetsvurdering har jeg likevel kommet til at pol. § 8 ikke vil gi tilstrekkelig beskyttelse av arbeidstakerens personvern. Bestemmelsen er ikke tilpasset arbeidslivet spesielt, og nødvendighetskriteriet vil i for stor grad ivareta arbeidsgiverens behandlingsbehov.

Gir pol. § 11 tilstrekkelig beskyttelse av arbeidstakeren?

Personopplysningsloven § 11 krever at formålet med opplysningene angis uttrykkelig, og at dette formålet er saklig begrunnet i virksomheten. En presisering av formålet er med på å verne arbeidstakeren mot ubegrunnede og vilkårlige inngrep.

Gjenbruk av personopplysninger vil være ønskelig ut fra et samfunnsperspektiv, ettersom det vil være kostnadsbesparende og effektivt. For arbeidstaker vil derimot gjenbruk av opplysninger til andre formål enn det opprinnelige, virke inngripende. Bestemmelsens bokstav c vil dermed ivareta arbeidstakerens personvern ved at det er forbud mot gjenbruk til nye uforenlige formål, så lenge ikke arbeidstakeren samtykker. Dette vil skape forutberegnelighet for arbeidstakeren. Imidlertid vil det igjen oppstå spørsmål om et samtykke til uforenlig bruk vil være frivillig. En åpning for kollektivt samtykke vil kunne ivareta arbeidstakeren bedre.

Kravene til opplysningskvalitet i bokstav d og e, vil ivareta arbeidstakerens personvern ved at det ikke innhentes unødvendige opplysninger, ved at opplysningene er riktige og ved at de ikke lagres lenger enn nødvendig.

Konklusjonen er at pol. § 11 gir et tilstrekkelig vern av arbeidstakeren, men at den vil kunne forbedres ytterligere.

Personopplysningsloven har en svært generell og komplisert utforming som gjør den lite tilgjengelig. Spesifikke særpreg ved arbeidsretten er heller ikke omtalt i loven, som taler for at den gir en svak beskyttelse av arbeidstakeren.

5.3 Avslutning

Målet med denne oppgaven var å finne ut om reglene i arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven gir tilstrekkelig beskyttelse av arbeidstakerens personvern. Som fremstillingen

av reglene har vist, fremstår dagens lovgivning som noe uklar og lite tilgjengelig på dette området. Arbeidsgiver og arbeidstaker må sette seg inn i to forskjellige regelverk for å få klarhet i sine rettigheter, og det vil derfor bli svært vanskelig for begge parter å forutberegne sin rettsstilling. Jeg er derfor kommet til at regelverket, slik det er i dag, ikke gir arbeidstakeren tilstrekkelig beskyttelse. En forbedring av reglene vil derfor være ønskelig.

En løsning vil kunne være å se til internasjonale rettskilder. Både ILO og Europarådet har utarbeidet anbefalinger, som ikke er bindende for Norge, men som kan brukes som et utgangspunkt ved utforming av regelverk.

ILO's "Protection of workers' personal data" fremstiller generelle prinsipper for behandling av personopplysninger i arbeidslivet, og regulerer spesielle områder som rustesting, genetisk kontroll, bruk av løgndetektor og personlighetstester overfor ansatte. ILO's anbefaling uttaler at vernet av arbeidstakeren avhenger av klare restriksjoner på de innsamlede opplysningene.¹⁵² Anbefalingen oppstiller regler om kollektive rettigheter, ved at arbeidstakeren bør rådføre seg med representanter fra fagforeninger eller andre tillitsvalgte når nye systemer for kontroll og behandling innføres.¹⁵³ Og anbefalingen gir adgang til skjult overvåking dersom det er i samsvar med nasjonal lovgivning, eller hvis det er rimelig grunn til mistanke om kriminell eller annen alvorlig forseelse. Anbefalingen gir her retningslinjer som er mer detaljerte og klare enn det norske regelverket. Den stiller opp ulike regler for forskjellige kontrolltiltak, og behandler utelukkende arbeidsgiverens og arbeidstakerens rettigheter. At anbefalingen gir uttrykk for at overvåkingsadgangen vil være utvidet ved mistanke om kriminalitet, er en regel som kunne vært overført til norsk rett. En slik regel kunne klarlagt om kontrolladgangen kan utvides ved konkret mistanke.

Europarådskonvensjonens anbefalinger¹⁵⁴ oppstiller retningslinjer for at arbeidstakeren kan formidle personopplysninger til sine representanter, i den grad det er nødvendig for å ivare-

¹⁵² Punkt 5 "General principles"

¹⁵³ Punkt 12 "Collective rights"

¹⁵⁴ Recommendation No R (89) 2 on the Protection of Personal Data used for Employment Purposes

ta sine egne interesser.¹⁵⁵ Både ILO og Europarådet legger dermed vekt på at arbeidstakeren kan ha behov for hjelp fra en organisasjons representanter eller tillitsvalgte, for å sikre et tilstrekkelig vern av opplysninger om seg selv.

Et annet tiltak som kan forbedre reglene vi har i dag, er å samle alle reglene i én lov. Enten ved å flytte viktige personvernregler fra personopplysningsloven over til arbeidsmiljøloven, eller ved å lage en helt ny lov. Dette vil gjøre regelverket mer tilgjengelig, og regelverket vil kunne ivareta de spesielle forhold som gjelder for arbeidslivet. Finland har valgt å lage en egen lov om personvern i arbeidslivet for å kunne ivareta arbeidslivets spesielle behov. Denne loven supplerer reglene i personopplysningsloven og går foran denne ved motstrid.¹⁵⁶ I Sverige har det blitt forsøkt innført en lov om vern av personlig integritet i arbeidslivet ved integritetsutredningen SOU 2002:18.¹⁵⁷ En slik lov er imidlertid enda ikke innført, til tross for en ny utredning i SOU 2009:44.

Et nytt regelverk kunne regulert arbeidsgiverens adgang til å behandle opplysninger på bakgrunn av samtykke fra de ansatte. Arbeidstakerens mulighet til å overføre sin samtykkekompetanse til kollektive organisasjoner vil også kunne klargjøres i nye regler. Videre vil en regulering av adgangen til kontrolltiltak ved konkret mistanke være ønskelig, og saksbehandlingsregler kunne vært gjort til et vilkår for at kontrolltiltaket skal anses lovlig. Og selv om Høyesterett har klargjort forholdet mellom pol. §§ 8 og 11 i Rt-2013-143 har reglene blitt praktisert annerledes av både underinstanser og personvernemnda, og det kan dermed være lurt å presisere reglene ytterligere slik at det ikke er noe tvil om at alle vilkårene må være oppfylt for å kunne behandle opplysninger.

¹⁵⁵ Punkt 7 i anbefalingen

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 136-137

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 137

6 Litteraturliste

6.1 Lover

6.1.1 Norske lover

- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17.juni 2005 nr. 62
- 2000 Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) av 14.april 2000 nr. 31
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21.mai 1999 nr. 30

6.1.2 Internasjonalt regelverk og anbefalinger

- Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950 (EMK)
- Direktiv 95/46/EF om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (Personverndirektivet)
- Europarådets konvensjon om personvern i forbindelse med elektronisk databehandling av personopplysninger (Eurparadskonvensjonen)
- ILO Code of practice, Protection of workers' personal data, 1997
- Recommendation No R (89) 2 on the Protection of Personal Data used for Employment Purposes, vedtatt 18.1.1989
- Artikkel 29 – Arbeidsgruppen. Opinion 8/2001

6.2 Forarbeider

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) Om lov om behandling av personopplysninger

Ot.prp. nr. 51 (2008-2009) Om lov om endringer i helseregisterloven og helsepersonelloven.

NOU 1997:19 Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget – Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

6.3 Etterarbeider

NOU 2009:1 Individ og integritet – Personvern i det digitale samfunnet

6.4 Forskrifter

Forskrift av 15.desember 2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften)

6.5 Rettspraksis

6.5.1 Høyesterett

Rt-2013-143	Avfallsservicesaken
Rt-2001-668	Tippekassekjennelsen
Rt-2001-418	Kårstødommen
Rt-1991-616	Gatekjøkkenkjennelsen
Rt-1952-1217	To mistenkelige personer
Rt-1896-530	Aarsdommen

6.5.2 Lagmannsrett

RG-2010-310	Apotekteknikerdommen
RG-2007-855	Tinekjennelsen
RG-2007-56	Nettbusskjennelsen
LB-2007-121782	Billakkererdommen
LG-2006-128425	Kontrollkjøpdommen
RG-2002-162	Butikkmedarbeiderkjennelsen

6.5.3 Tingrett

RG-1993-77	E-postdommen
------------	--------------

6.5.4 Personvernnemnda

Personvernnemndas avgjørelse 2012/01

Personvernnemndas avgjørelse 2009/14

Personvernnemndas avgjørelse 2004/03

Personvernnemndas avgjørelse 2004/01

6.5.5 Praksis fra den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD)

Copland v. United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 3. april 2007.
Halford v. United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. juni 1997.
Köpke v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 5. oktober 2010
Malone v. United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2. august 1984
Niemetz v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16. desember 1992.

6.6 Litteratur

6.6.1 Bøker

Arbeidsmiljøloven – Kommentarutgave. Jan Fougner ... (et al.). 2.utg. Oslo, 2013.

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5.utg. Oslo, 2001.

Fanebust, Arne. Innføring i arbeidsrett. 3.utg. Oslo, 2013.

Jakhelln, Henning. Oversikt over arbeidsretten. 4.utg. Oslo, 2006.

Jakhelln, Henning og Helga Aune. Arbeidsrett.no. 2.utg. Oslo, 2006.

Johansen, Michael Wiik, Knut-Brede Kaspersen og Åste Marie Bergseng Skullerud. Personopplysningsloven kommentarutgave. 1.utg. Oslo, 2001.

Kjølaas, Christian. Personvern i arbeidsforhold. 1.utg. Oslo, 2010.

Schartum, Dag Wiese og Lee A. Bygrave. Personvern i informasjonssamfunnet. 2.utg. Bergen, 2011.

6.6.2 Artikler

Bygrave, Lee A. og Dag Wiese Schartum. Consent, Proportionality and Collective Power. 2009. (Sitert fra uio.no)

Schartum, Dag Wiese. Rettslige aspekter ved feltteknologi i arbeidslivet. Complex nr. 3/2013

Borchgrevink, Mette. Om avgrensning av arbeidsgivers styringsrett på grunn av arbeidstakers personvern – en gjennomgang av norsk rettspraksis. Complex nr. 5/2011

Evju, Stein. Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv. Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 1 (2003-2005), s. 3-32 (Hentet fra narf.imaker.no/ara-publis/)

6.6.3 Rapporter

Underutvalgets rapport. Kontroll og overvåking i arbeidslivet. Avlevert til arbeidslivslovutvalget 20.juni 2002

Bråten, Mona. Kontroll og overvåking i arbeidslivet. Fafo-rapport 2010

6.7 Nettsider

Datatilsynet. Samtykke til behandling av personopplysninger (2011) 25.11.2011 www.datatilsynet.no/personvern/samtykke (sitert 27.10.2013)

FN. Fakta om ILO (2012) 8.6.2012 www.fn.no/ILO/Om-ILO/Fakta-om-ILO (sitert 27.10.2013)

6.8 Annet

Hovedavtalen mellom LO og NHO (2010-2013)